

<판례평석>

대표이사의 고용계약의 국제사법상 취급

- 상거소, 재산소재지관할, 국제적 이중소송의 검토를 겸하여 -

대상판결: 의정부지법 고양지원 2020. 2. 14. 선고 2017가합72082 판결*1)

장준혁**2)

I. 사실관계, 소송의 경위와 판지³⁾

1. 사실관계와 슬로바키아 및 한국에서의 소송의 경과

(주) G코리아는 슬로바키아법에 따라 유한회사 G EU(원고)를 설립했다. 피고는 대한민국인으로서 3년 8개월간 원고의 대표이사로 재직했다. 원고회사의 주장에 의하면 피고는 원고회사의 “자금을 무단 인출하여 사용하거나 사적인 용도로 법인카드를 사용”하여 원고회사에 손해를 입혔다.

피고는 한국에 거주하던 자인데, 원고회사의 대표이사로 일하던 동안은 슬로바키아에 거주했다. 그 후에는 주로 슬로바키아에 거주하고 있으나, 처와 자녀는 한국에 거주하고 있다. 법원은 피고가 슬로바키아와 한국을 오가며 생활하는 것으로 판단했다.

원고회사는 피고를 상대로 슬로바키아법원에 3건의 소송을 제기했다. 제1소송은 “원고의 이익에 반하”는 법인카드 사용과 현금인출을 타하는 손해배상청구소송이다. 제2소송은 현금 무단인출을 타하는 손해배상청구소송이다. 제2소송의 법적 근거는 임원으로서 회사의 이익을 자신의 이익에 우선 시킬 의무(충실의무) 위반이다. 제2소송에서 피고는 본안에 응소하였고 대상판결시에도 진행중이다. 제3소송은 피고가 원고회사로부터 매수한 오토바이 매매대금 청구소송이다.

원고회사는 제2소송 진행 중 의정부지방법원 고양지원에 피고를 불법행위로 제소했다. 청구원인은 추후 슬로바키아 상법 제135a조 위반으로 변경되었다. 이 사건 청구의 대부분은 슬로바키아의 제2소송의 청구와 중복된다.

원고회사는 슬로바키아 제2소송에서 한국소송과 중복되는 부분에 대한 소취하서를 제출했으나, 피고가 부동의하여 소취하의 효력이 발생하지 않았다.

2. 국제관할과 국제적 중복소송에 관한 원피고의 주장

피고는 대상사안이 근로계약사건이므로 2022년 개정 전 국제사법 제28조 제4항(현 제43조 제2항)에 따라 자신의 상거소지이자 일상적 의무제공지인 슬로바키아만이 국제관할을 가지고 한국법원에는

* 이 판례평석은 국제사법판례연구회 제11회 정기연구회(2023. 6. 8.) 구두발표 요지를 중심으로 소략하게 작성되어, 필자의 생각 위주로 적었고, 문헌인용은 대부분 누락되어 있는 상태입니다. 시간과 역량의 부족으로 논문의 격식에 맞는 원고가 되지 못한 채 구두발표에 임하게 된 데 대하여 너그러운 이해를 베풀어 주시기를 양망합니다. 아울러, 조속히 보완하여 학술지에 투고할 것을 약속드리오니, 인용은 공간 이후로 미루어 주시기를 양망합니다.

1) 로앤비 수록. 판례공보 및 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr) 미수록. 재판부의 김기홍 판사님의 문의로 상호보증유무 판단을 위한 슬로바키아의 외국판결 승인집행법 입수에 조력한 일이 계기가 되어, 이 판결 선고 후 판결문을 요청드렸고, 익명화된 판결문을 얻어 검토할 수 있었다. 그 덕택에 미해결의 국제사법적 논점을 풍부하게 담은 이 사건을 접하고, 판결문을 연구목적으로 검토할 수 있었다. 이 판결문이 대법원 종합법률정보에 수록되어 학계와 실무계에 참고될 수 있게 되기를 소망한다.

2)** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

3) 사실관계와 소송의 경위는 판결문에 의함. 따옴표 표시 부분은 판결문을 그대로 옮긴 부분임.

국제관할이 없다고 주장한다.

피고는 슬로바키아 법원에 계속(繫屬)된 3건의 소송이 선소(先訴)이고 한국소송과 중복됨을 이유로 한국소송의 각하를 구한다. 피고는 제2소송과 중복되는 부분에 대해서도, 원고회사가 슬로바키아법원에 소취하서를 제출했고 피고가 언제라도 이에 동의하면 소취하의 효력이 발생할 수 있다고 하면서, 한국소송을 그대로 진행할 것을 주장한다.

3. 한국법원의 판단

이 사건에서 의정부지법 고양지원이 국제사법적 논점에 관하여 내린 판단은 다음과 같다.

첫째, 회사의 대표이사는 근로자가 아니다. 대표이사의 고용계약은 국제사법(당시 제28조, 2022년 개정 후 제43조, 제48조)상 근로계약에 해당하지 않는다. 그래서 회사가 대표이사의 충실의무 위반으로 인한 회사재산 감소를 이유로 대표이사를 제소한 손해배상청구사건에는 근로계약에 관한 국제관할법상 특칙, 즉 근로계약에 관한 보호적 관할법제가 적용되지 않는다.

둘째, 이 사건에서 한국은 재산소재지관할을 가진다.

셋째, 슬로바키아의 제3소송은 한국소송보다 먼저 제기되었고, “당사자 및 소송물”이 동일하며, 슬로바키아법원이 내릴 판결이 한국에서 승인될 것으로 예측된다. 그래서 한국소송은 국내적 중복소송과 마찬가지로 취급된다. 그래서 민사소송법 제259조에 따라 그 부분의 소를 각하했다.

넷째, 국제적 이중소송으로 각하한 외의 부분에 관해서는 실체준거법을 정하여 본안재판했다.⁴⁾ 동일 당사자간의 선행 관련소송도 국제적 이중소송법의 틀 내에서 존중할지 판단하지는 않았다. 결과적으로는 그런 존중을 거절한 셈이 되었다.

다섯째, 대표이사가 이사로서의 직무 위반으로 회사에 끼친 손해의 배상책임도 법인의 속인법에 의할 사항이다. 그래서 국제사법 제16조(2022년 개정 제30조) 본문에 따라 설립준거법에 의한다. “기관과 구성원의 권리와 의무”도 법인의 속인법에 의할 사항으로 성질결정한 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017다246739 판결에 따랐다. 슬로바키아법에 따라 설립된 회사이므로 슬로바키아법을 적용했다.

한편, 이 사건의 국제사법적 논점 중 법원이 판단하지 않은 부분은 다음과 같다.

첫째, 피고의 상거소가 한국에 있어 한국에 국제적 일반관할이 있는지는 판단하지 않았다.

둘째, 임원이 충실의무 위반으로 회사에 손해를 입힌 법률관계에 대하여, “근로”계약 사안이 아니라고 판단했을 뿐, 계약인지 불법행위인지 판단하지 않았다. 그래서 계약사건에 대한 의무이행지관할에 관해서도, 불법행위사건에 대한 불법행위지관할에 관해서도 판단하지 않았다. 다만 고용계약상의 의무이행지인 역무제공지는 슬로바키아에 있고, 불법행위도 슬로바키아만이었던 듯하다. 실제로 그랬다면, 이 부분이 한국의 국제재판관할 공정의 근거가 될 수 없다. 결국, 법률관계의 성질결정과 법률관계에 고유한 특별관할 판단의 생략이 결과에 영향을 미치지 않았을 가능성이 높다.

셋째, 실체준거법을 결정할 때에는 임원이 충실의무 위반으로 회사에 손해를 끼친 법률관계를 단체의 고유문제로 파악하여 단체의 고유법에 따랐지만, 국제재판관할 유무를 판단할 때에는 단체의 고유문제에 관한 특별관할에 관한 아무런 판단도 없었다.

넷째, 동일한 당사자들 사이에서 외국에 먼저 소송계속된 사건과 밀접히 관련된 사건에 대해서도 국제적 이중소송의 법리를 유추적용하여 소송을 중지(진행중단)하거나 각하할지에 관해서도 판단하지 않았다. 피고가 이런 중지나 각하를 신청한 일도 없었던 것 같다.

4) 업무추진비와 판공비에 해당하지 않는 자금 인출에 대한 손해배상청구는 기각했다. 그 근거 설시는 다음과 같다. 업무추진비와 판공비의 지급범위, 지급기준, 지급절차에 관하여 정관이나 내부지침으로 구체적으로 제한하는 바가 없는 것으로 보인다. 사용처, 규모, 업무관련성 등에 관하여는 해당 임원에게 “1차적인 판단”권이 있고 그 판단은 “우선 존중될 필요”가 있다. 그리고 “……대외활동 중 상당부분은 개인적 목적과 영업활동을 위한 목적이 혼재되어 있을 가능성도 배제하기 어렵다.”

II. 대상판결의 검토

국제사법이 2022. 1. 4. 전면 개정되어 2022. 7. 5. 발효했다. 국제재판관할규정들이 체계적으로 갖추어졌다. 피고의 상거소를 기준으로 하는 일반관할규정(제3조), 해석론상의 제한을 일부 명문화한 일반재산소재지관할규정(제5조 제2호)을 포함하여 일련의 국제관할규정이 신설되었고, 국제적 이중소송에 관한 명문규정(제11조)도 신설되었다. 한편, 소비자계약과 근로계약에 관한 규정(2001년에 먼저 신설)을 비롯하여, 국제재판관할을 명문으로 규정하고 있었던 약간의 기존 조문은 대체로 유지되었다(제27조 제4항-제6항을 편면화한 제42조, 제28조 제3항-제5항을 편면화한 제43조 등). 준거법 결정에 관해서는 거의 개정이 없었다.

이 사건에서 개정 전 국제관할법에 따라 국제재판관할과 준거법에 관하여 판단한 부분은 개정조문 하에서도 의미를 가진다. 2022년 신설 조문들은 국제재판관할법의 골격만을 입법하여 세부사항은 해석론에 미루었기 때문이다.⁵⁾ 개정 전후로 달라지지 않은 부분과 달라진 부분에 유념하면서 살펴본다.

1. 피고 상거소지국의 일반관할

가. 국제관할법에서 피고의 거주를 기준으로 하는 일반관할의 중요한 지위

피고의 상거소나 주소 자체를 국제관할의 충분한 근거로 삼는 것은 국제관할법에서 오래 전에 확립된 전통적 원칙이다. 유럽대륙에서 피고주소지관할 원칙이 확립된 것은 국제관할법 분야에서 대륙법계와 영미법계의 구분이 이루어지기도 전이다.

물론 유럽대륙에서는 일시적으로 국적관할이 과도하게 강조되기도 했다. 시민혁명의 분위기에 취하여 국제사법이 교란된 사건이었다. 프랑스민법전은 프랑스인이 항상 프랑스법원에만 호소할 수 있고(제14조) 프랑스법원에서만 제소당할 수 있다(제15조)고 규정한다. 국민으로 뭉쳐 프랑스혁명을 통해 공화국을 세웠으므로, 국제사법적으로도 다른 구시대적 국가들로부터 단절된 아성(牙城)을 이루어야 한다는 생각에 근거한 것으로 보인다. 그러나 이런 예외주의적 사고방식이 국제사법에 침투한 것은 잘못이다. 프랑스민법전 제정을 서두른 나폴레옹이 스스로 국적국 전속관할의 사고방식을 배반했다. 그는 유럽과 북아프리카에서 패권자가 되려 했고, 유럽과 북아프리카의 외국들을 정복하여 프랑스민법전을 이식시켰다. 관할배분설을 버리고 기존의 국제관할법을 초토화하고 이런 2개의 전속관할 규정만 가지고 국제관할 문제를 남김없이 다루려 한다는 것은 자기모순이다. 프랑스 법률가들은 애초부터 프랑스혁명의 폭력성에 끈질기게 저항했고, 프랑스의 국제사법 학자들과 판례는 해석론으로 국적국 전속관할을 약화시켜 왔다. 1969년 신민사소송법(1976년 발효)이 관할배분설에 충실한 국내토지관할규정체계를 성문화한 뒤에는, 이 규정을 국제관할 문제에 유추적용하는 해석론이 한층 확고해졌다.

영미법계에서는 봉건적 장원제도의 통치모델에 국가주권 사상을 결부시켜 국제관할을 영토주권의 행사가능성에서 직접 도출하려 한 탓에, 피고의 영토 내 현존(presence)을 주소(domicile)나 거소(residence)보다 앞서 일반관할의 기초로 삼았지만, 현존관할의 연장선상에서 주소지관할을 인정하게 된다. 피고가 자신의 인적 본거를 법정지국에 둔 채 타국에 가 있더라도, 피고가 현재 법정지국에 있

5) 이렇게 간략하고 조감가능한 입법은, 과도하게 자세한 입법을 수급자에게 쏟아붓는 입법보다 우월하다. 법률이 실무지침서(practical handbook)를 대신할 필요가 없다. 게다가, 온갖 경우에 대비하여 자세한 조문을 두러다가는, 오히려 난해하고 그 속에 어떤 변수가 들어 있을지 모르는 시한폭탄처럼 되기 쉽다.

는 것과 마찬가지로 취급할 수 있다는 추론을 거쳐, 피고 주소지국의 일반관할이 인정되게 된다. 결국 낡은 봉건적 제도를 버리지 않고 오히려 소중한 유산으로 삼으며 법을 개혁하는 데 느리고 신중한 과정을 거치는 영미법계 특유의 법발달방법의 영향을 받기는 했지만, 영미법계 국가들도 피고의 주소, 거소 또는 상거소지국에 일반관할을 인정하는 태도를 확고히 내면화한 상태이다.

국제사법 제2조 제1항은 실질적 관련성 기준을 “당사자 또는 분쟁이 된 사안”과의 관련이라고 명시하여, 당사자근접성만으로 국제관할의 충분한 근거가 됨을 분명히 한다. 당사자근접성과 사안근접성이 “또는”으로 연결되어 있음에 주목을 요한다. 당사자근접성은 곧 피고근접성을 말한다. 즉, 피고에 대한 일반관할을 말한다. 사안근접성은 해당 사안만 놓고 국제관할을 인정하는 경우에 해당된다. 물론 사안의 당사자는 사안의 일부를 이루므로, 피고근접성이 충분치 않은 경우에도 피고의 법정지와 관련성이 고려될 수는 있다. 그러나 어디까지나 사안근접성의 원리 속에서 그렇게 할 수 있을 뿐이다.

대법원은 제2조 신설(2001)을 계기로 피고에 대한 일반관할을 사멸시키다시피 한다. 아마도 제2조 제1항에서 당사자근접성과 사안근접성을 연결하는 “또는”의 의미를 정확히 이해하지 못하고, 그저 여러 가지 고려요소를 나열하는 취지로 생각한 것 같다. 그리고 대법원은 개별 사안별로 온갖 내국 접촉들과 고려들을 종합하여 국제관할을 판단하는 판단방식에 치중한다. 미국에서는 1980-1990년대를 중심으로 국제·주제관할이 확대될 때에 피고활동지관할이 지나치게 강조되어 특별관할을 왜소화되는 문제에 봉착했는데, 한국에서는 개별 사건에 초점을 맞추어 모든 국제관할 문제를 특별관할 문제로 비화시킨 뒤 국제관할을 근거지우기에 부적당한 요소들까지 끌어대어 국제적 특별관할의 인정 기준을 과도하게 완화하는 문제에 봉착해 있다. 그 결과, 판례를 기준으로 볼 때 한국 국제관할법은 일반관할과 특별관할의 차이를 알지 못한다는 지적까지 나오고 있을 정도이다.

그러나 피고의 상거소 내지 주소만으로도 독립적인 국제관할기초가 되기에 충분하다는 점에 의심이 없다. 그러므로 일반관할 실시에 소홀하여 온 대법원의 태도에 연연할 필요 없다.

나. 피고주소지관할 대(對) 피고상거소지관할

2001년 개정 후 2022년 개정 전까지는 국제재판관할법상의 일반관할의 기준이 주소인지 상거소인지가 해석에 맡겨져 있었다. 제2조 제2항에 따라 국내토지관할법의 피고주소지관할(제3조)을 끌어오는 과정에서 주소가 상거소로 다듬어지는지가 관건이다. 국제사법학계의 통설은 유추적용 과정에서 이런 적응(adaption)이 일어난다고 해석했다. 2001년 개정시 국제사법 내에서 주소를 모두 상거소로 바꾼 점과, 소비자계약(2022년 개정 전 제27조 제4항, 제5항)과 근로계약의 특칙(2022년 개정 전 제28조 제3항, 제4항)도 피고의 상거소를 기준으로 피고에 대한 일반관할을 정하는 태도를 취한 점이 유력한 근거를 제공했다. 판례의 태도는 분명하지 않았다. 실질적 관련(제2조 제1항) 기준에 따른 판단에 앞서 피고와 법정지 간의 관련을 살필 때, 상거소를 확인한 판례도 있었고,⁶⁾ 주소를 확인한 판례도 있었다.⁷⁾

결국 2022년 개정으로 자연인에 대한 일반관할의 기준으로 상거소를 채택하는 입법적 해결을 했다(제3조). 법률개념적 요소를 줄인 소박한 개념에서 새출발할 수 있게 되었다. 소탈한 마음으로 국제

6) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결(Missouri주 소속 미국인간 이혼); 서울고법 2013. 2. 8. 선고 2012르3476 판결(한국인여·스페인남이혼); 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결(상고심). 두 판례에서는 혼인관계사건의 국제재판관할의 기준을 구체화하기 위하여 당사자들과 사안과의 접촉을 나열했는데, 그 일환으로 원피고 배우자의 거주지국에 대등한 중요성을 두고 고려했다. 즉, 피고에 대한 일반관할의 기준을 탐구함을 분명히 하면서 피고의 상거소를 묻은 것은 아니다.

7) 판례로 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결(중국인간 대어금반환청구가 제주도 영주권자인 중국인을 상대로 제기된 사례).

적 통일성을 도모할 여지가 있다. 각국이 상거소의 특질의 판단기준을 다양하게 발달시키면서, 이런 소망이 헛된 듯이 보이기도 한다. 그렇더라도 주소 대신 상거소를 채용하는 실익이 아주 사라지는 것은 아니다. 한국의 주소법의 소여(所與)의 짐을 벗어나, 거소(居所)라는 자명한 개념의 기초 위에서, 국제재판관할법의 규율목적에 충실한 기준을 세워 나갈 수 있다. 주소를 기재한 공문서의 증명력에도 구애받을 일이 없어, 실무적으로도 훨씬 부담을 덜 수 있을 것이다.

다. 자연인의 상거소의 판단기준

국제사법에 자연인의 상거소의 정의규정을 두는 입법례도 있다. 벨기에 국제사법 제4조 제1항 제1호, 제2항 제1호는 아래와 같이 규정한다.

제4조(주소와 상거소)

① 이 법률의 적용을 위하여 주소는 다음과 같이 이해된다.

1. 자연인이 벨기에에서 주민등록부, 외국인등록부 또는 대기명부상 주(主)로 등록된 장소
2. 법인이 벨기에에서 정관상 본거를 가지는 장소

② 이 법률의 적용을 위하여 상거소는 다음과 같이 이해된다.

1. 자연인이 주로 정주(定住)하는 장소. 아무런 등록이나 체류허가도 없는 경우여도 상관없다. 이 장소를 결정하기 위하여 특히 고려해야 하는 것은 그 장소와의 지속적 관련이나 그런 관련을 맺으려는 의사를 보여주는 개인적 또는 직업적 성질의 주변상황이다.
2. 법인이 주된 사무소·영업소(établissement principal)을 가지는 장소

③ 이 법률의 적용을 위하여 법인의 주된 사무소·영업소는 특히 경영중심지, 사업 또는 활동 중심지, 그리고 보조적으로 정관상 본거를 고려하여 결정된다.⁸⁾

한국 국제사법에는 자연인의 상거소를 정의하는 조문이 없다. 상거소가 법률개념적 요소를 최소한으로만 가질 수 있게 하려는 태도이다. 이렇게 하여 ‘개별 국가법 때문에 생기는 규율과잉을 피하는 가운데 국제적 통일성을 달성할 수 있다’고 여기는 낙관론이 반영되어 있다. 이것이 상거소주의의 원래 취지에 가깝다.

벨기에 국제사법 제1조 제1항처럼 주민등록부나 외국인등록부에 기재된 주소가 곧 상거소도 겸한다는 규정은 한국 국제사법에는 없다. 그러나 실제로는 주민등록부나 외국인등록부의 주소 기재가 상거소를 추단하는 유력한 자료가 된다고 사실판단해도 무방할 것이다.

8) Domicile et résidence habituelle.

Art. 4. § 1er. Pour l'application de la présente loi, le domicile se comprend comme :

1° le lieu où une personne physique est inscrite à titre principal, en Belgique, sur les registres de la population, sur les registres des étrangers ou sur le registre d'attente;

2° le lieu où une personne morale a en Belgique son siège statutaire.

§ 2. Pour l'application de la présente loi, la résidence habituelle se comprend comme:

1° le lieu où une personne physique s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui revèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens;

2° le lieu où une personne morale a son établissement principal.

§ 3. Pour l'application de la présente loi, l'établissement principal d'une personne morale se détermine en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, du siège statutaire.

다만, 자연인의 상거소는 국제사법에서 말하는 주소와 기준이 다르다고 볼 필요가 없다. 어차피 국제사법상의 주소는 주민등록법상의 주소와 다르다. 그래서 공문서 기재사실의 증명력 차원에서 주민등록부 등의 공문서상의 주소 기재에 고도의 증명력을 인정하는 접근은 국제사법에서는 쓰일 여지가 없다. 국제사법에서 자연인에 관하여 주소 대신 상거소를 채용하는 가장 중요한 의미는 국내법상의 주소 법제에 얽매이지 않는다는 것인데, 공문서의 주소 기재의 증명력 문제도 여기에 들어간다.

라. 대상판결의 검토

대상판결은 피고의 상거소가 슬로바키아에 있다고 판단했다. 피고가 한국과 슬로바키아를 “오가면서 생활하고 있”고, 피고의 처와 자녀가 대한민국에 “거주”하고 있는 점을 확인하고도, 피고의 상거소가 한국에 유지되고 있다고 보지 않았다.

그러나 이 사건 소송시 피고의 상거소지가 한국에 있었을 가능성은 꽤 높아 보인다. 피고는 한국에 상거소를 두고 가족과 함께 거주하다가, 슬로바키아 지사의 대표이사로 일하게 되어 3년 8개월간 단신으로 슬로바키아에서 일했다. 이런 상황이라면, 그의 상거소는 한국에 여전히 있었을 가능성이 높다. 배우자 및 자녀와 함께 이주했는지 상거소의 이전을 판단을 가늠하는 중요한 고려요소이기 때문이다. 물론 자녀의 교육환경과 성장환경을 유지하고 한국에서 학교에 보내는 것이 낫다고 생각하여 “기러기 아빠”에 비슷한 형태로 자녀와 처를 한국에 남겼을 뿐,—가령 고(故) 김우중 회장의 “세계경영”이나 “Global Young Business Manager” 사업이 지향했듯이—슬로바키아에 현지화된 기업인으로서 슬로바키아로 ‘이주’했을 수도 있다. 과연 그런 사안이었는지, 아니면 단순히 해외 지사장 으로서 근무한 경우인지를 구별했어야 했다. 또, 만약 피고가 한국과 슬로바키아를 골고루 오가며 살았다면, 이중상거소가 인정될 여지도 없지 않다. 사실판단을 중요한 임무로 하는 제1심 법원이라 하여도, 간단히 피고의 상거소가 슬로바키아에 있다고 설시하기보다, 셋 중 어느 경우였는지, 어떤 점에 특히 주목하여 그렇게 판별했는지를 좀 더 자세히 설시했다면 좋았을 것이다.

대상판결의 이런 소극적 태도의 배경에는 피고상거소지국관할에 대한 대법원의 무관심과 회피가 있다. 대법원은 2001년 국제사법 제2조 신설을 계기로 국제재판관할의 기준에 대한 설시를 고도로 추상화, 모호화하여 왔다. 제2조의 문언을 되뇌이는 일에 크게 의존한다. 막연히 국제재판관할법상 이익분류에 관한 일반론을 언급하고, 심지어 민사소송법의 이상까지 거슬러 올라가 막연히 나열한다. 이렇게 하여 제2조에 덧칠하는 일로 재판규범 설시를 대신한 뒤, 곧바로 사실판단으로 건너뛰어, 개별 사안과 법정지 간의 접촉들을 종합하여 결론을 내린다.⁹⁾ 한국을 근거없이 무시하여 마치 형편없는 후진국인 줄로 아는 구미(歐美)의 동양주의자(orientalist)가 보기에는, 한국에서도 국제재판관할의 지도원리를 잘 알고 있다는 것을 보고 치하하고 싶어질지 모른다. 그러나 판결문은 그렇게 비현실적

9) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결; 대구지방법원 2005. 5. 18. 선고 2004르441 판결; 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결; 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결; 창원지법 2006. 10. 19. 선고 2005가합9692 판결; 서울중앙지법 2007. 8. 23. 선고 2006가합89560 판결; 서울중앙지법 2007. 8. 30. 선고 2006가합53066 판결; 서울고등법원 2008. 3. 21. 선고 2006나88168 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결; 서울고등법원 2009. 1. 21. 선고 2007나96470 판결; 부산고법 2009. 2. 3. 선고 2007나4288 판결; 부산지방법원 2009. 6. 17. 선고 2006가합12698 판결; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결; 서울고등법원 2011. 12. 8. 선고 2011나43329 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결; 대구지법 2012. 9. 4. 선고 2011가합8748 판결; 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결; 서울고법 2013. 2. 8. 선고 2012르3746 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17553 판결; 서울고법 2014. 1. 17. 선고 2013나17874 판결; 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다7571 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결; 대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결; 대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결; 광주고법(제주) 2016. 7. 6. 선고 2014나1166 판결; 서울고등법원 2017. 11. 17. 선고 2017나2009518 판결; 광주고법 2018. 12. 5. 선고 2017나13822 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결; 서울중앙지법 2021. 1. 8. 선고, 2016가합505092 판결; 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결; 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결 등.

으로 한국을 비하하는 외국인을 상대로 국위선양하기 위하여 쓰여지는 것이 아니다. 당사자를 설득하기 위하여 쓰여진다. 더구나 법률심의 판결이유는 일관되고 설득력 있는 해석을 제시할 것이 기대된다. 국제재판관할법의 지도원리를 몰라서 상고하는 상고인은 없을 것이다. 국제재판관할법의 세부적 기준을 다투는 상고인에게 국제재판관할법의 지도원리를 다시 말해주는 것으로 끝맺는다면 상고심판결의 기능을 다한다고 할 수 없다. 게다가 이래서는 국제재판관할규칙이 세부적으로 발달하기 어렵다. 2022년 개정에도 불구하고 대법원이 일반재산(제5조 제2호) 내지 담보재산(제5조 제1호 후단) 소재지관할에 의존하기로 마음먹으면, 이런 발전성 없는 양상은 계속될 것이다.¹⁰⁾ ‘명문의 국제재판관할규정을 어떻게 해석하든 제2조 제1항이 확인하는 지도원리를 충족하는지에 따라 국제재판관할 유무가 가려진다’는 식으로 제2조 제1항에 의존하기로 대법원이 마음먹을 위험도 없지 않다. 그런 경우에는 국제재판관할법의 명확성, 확실성과 예견가능성의 요청이 바닥에 떨어지는 최악의 상황이 될 것이다. 이런 우려를 단순한 기우(杞憂)로만 치부하기는 염려되는 점이 적지 않다.

실로 2001년 이래 대법원은, ‘제반 사정을 종합하여 실질적 관련 기준 충족 여부를 가려내기’만 하기를 선호한 나머지, 국제재판관할에서 가장 중요한 원칙인 피고상거소지관할의 유무 판단도 생략하여 왔다. 대법원은 피고에 대한 일반관할 유무의 기준을 가려내는 일을 피하여, 아예 이 관할사유를 언급하기를 피하여 왔다. 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결을 계기로 개별적 국제재판관할 근거를 설시하는 움직임이 일고 있지만, 피고상거소지관할 유무의 설시에는 여전히 소극적이다. 이 사건은 ‘중국인의 가족 동반 제주도 이민’이 있는 후에 한국에 소재기된 사안이었음에도, 피고상거소지국관할을 언급하지 않았다. 물론 이 사건에서 한국에 계속하여 거주한 기간이 짧기는 했다. 그러나 피고는 중국에서 사업을 접고 전재산을 처분한 뒤 배우자와 자녀들을 데리고 집을 구입하여 한국에서 영주권자로 살러 왔다. 이민 목적이 분명한 사안이면 거주기간이 수년간 계속되기를 기다릴 필요 없이 곧바로(적어도 이민 비자로 입국하고 자택에 거주하기 시작한 때부터) 상거소가 이전한다고 판단할 수 있는 좋은 기회였다. 더구나 원심판결인 광주고법(제주) 2016. 7. 6. 선고 2014나1166 판결은 “이 사건 소 제기 당시에는 원고 또는 피고들의 실질적인 생활의 기반이 대한민국에 형성되어 있었다”고 설시하기까지 했다. 그럼에도 불구하고 대법원은 피고상거소지관할이 인정된다는 설시를 피했다.

물론 대상사안은 피고의 상거소가 한국에 없더라도 재산소재지관할을 인정하기에 충분한 사안이었고, 슬로바키아의 선소(先訴)의 승인가능성을 이유로 한국의 국제관할권을 불행사해야 하는 경우이기도 했다. 그래서 피고가 한국에 상거소를 가진다고 판단할 가능성을 충분히 파고들지 않은 것이 결과적으로 문제를 낳지는 않았다. 그러나 피고의 상거소가 한국에 있다고 볼 가능성이 높고, 설사 그렇지 않더라도 한국에 주소를 두지 않은 피고에 대해서는 재산소재지관할이 인정될 여지가 있기 때문이다.

2. 고용계약의 의무이행지관할

슬로바키아 지사와 그 대표이사(피고) 간의 계약이 근로계약(제43조, 제48조)에 해당하지 않고 단순한 고용계약으로서 역무제공형 계약(제41조 제1항 제2호)의 일종이라고 볼 여지도 있다.

가. 브뤼셀 제1규정(2차본)

전술한 대로, 브뤼셀-루가노 국제관할·외국재판승인집행법제는 의무이행지관할을 계약특징적 급

10) 장준혁, “국제재판관할법상 실질적 관련성 기준에 관한 판례의 표류: 지도원리의 독립적 관할기초화와 예견가능성론에 의한 무력화”, 자율과 정의의 민법학: 양창수교수 고회기념논문집(박영사, 2021), 1027-1028, 1031-1032면.

부위무의 이행지에 집중시키려는 노력을 조금씩 확대하여 왔고, 이 노력은 고용계약과 근로계약에서 두드러진다. 브뤼셀협약은 근로계약에 관한 규정체계를 따로 독립시키지 않고 넓게 고용계약으로 묶으면서, 의무이행지관할을 계약특정적 급부위무의 이행지에 집중시키려 했다(?). 그러다가 브뤼셀 제1규정 1차본(2000)으로 오면서, 한편으로는 근로계약에 대해서도 소비자계약처럼 보호적 관할법제를 두고, 다른 한편으로는 계약사건의 의무이행지관할규정 내에 고용계약을 비롯한 역무제공형 계약에 대한 특칙을 신설했다(제5조 제1호, 2012년본에서는 제7조 제1호). 계약특정적 급부위무의 이행지에 의무이행지관할을 집중시키는 규율을 양쪽에서 도입했다. 보호적 관할법제의 경우 기타의 관할사유를 제한하는 점이 다를 뿐이다.

브뤼셀-루가노법제에서는 정관이나 주주간 계약에 의한 법률관계가 계약관계인지 여부도 해석문제로 떠올랐다. 관할사유에 대한 열거주의를 절대적으로 못박지 않는 대부분의 국제관할법제 하에서는 이 문제가 그다지 심각한 문제로 되지는 않는다. 오히려 이 법률관계에서 의무이행지관할을 정할 때, 계약상 채무의 이행지관할에 관한 일반법을 그대로 따를지, 아니면 적절한 특칙을 해석상 발견할지를 따지게 된다. 그러나 브뤼셀-루가노법제는 관할사유를 한정적으로 열거하는 입장에 철저하므로, 계약상 채무의 이행지관할규정(2000년본 제5조 제1호, 2012년본 제7조 제1호)이 상정하는 통상적인 계약사건이 아니어서 이 규정의 적용범위 밖의 사안이라는 결론이 내려지면, 이 실체관계에 대해서는 실체관계의 성질을 이유로 하는 특별관할규정이 따로 마련되어 있지 않다는 결론에 이르게 된다. 그래서 이 문제가 특히 까다로운 문제로 대두되었다.

나. 한국 국제사법

2022년 개정 전까지 판례는 계약사건에 고유한 특별관할로 의무이행지관할을 인정하여 왔다. 그러나 그 구체적 판단기준은 이쪽저쪽으로 움직였다.

대법원 1972. 4. 20. 선고 71다248 판결(송천산업/니찌맨지쓰교)¹¹⁾은 청구의 기초가 된 의무를 놓고 법정지 국제사법에 의하여 이행지(이행예정지)를 정했다. 계약준거법이 일본법이고 일본민법은 지참채무의 원칙을 원칙으로 하므로, 채권자의 주소지국에 의무이행지관할이 있다는 결론에 이르렀다.

대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결(성우엔타프라이스/미호오재팬)(냉동청어 사건)에서는 계약특정적 급부의 실제 이행제공지에도 의무이행지관할이 인정됨을 당연시하면서, 청구의 기초된 채무의 이행지에도 국제재판관할이 인정되어야 한다고 조심스럽게 실시했다. 그래서 계약특정적 급부위무의 이행지에 의무이행지관할을 집중시키는 소송법설적 사고방식을 지향하는 판례로 선택될 여지가 있었다.¹²⁾

한국 국제사법도 드디어 2022년 개정에서, 계약사안에 대한 의무이행지관할을 계약특정적 급부위무의 이행지에 집중시키는 규율을 채택했다(제41조 제1항). 역무(役務, services)¹³⁾ 제공형 계약의 경우에는 역무제공지가 기준이 된다.

논리적으로는 역무제공지(제41조 제1항 제2호, 제3호) 개념의 연장선상에서 일상적 근로지(제43조 제1항, 제2항)이 발달한 것이므로, 후자를 구체화하는 규정에서 전자의 해석기준을 얻어 올 여지가

11) 집 20(1)민, 208.

12) 장준혁, “계약사건에서의 의무이행지관할”, 진산 김문환총장정년기념논문집 제1권: 국제관계법의 새로운 지평(2011), 456-509면. 이런 선행가능성에 회의적인 견해로, 석광현, “개정루가노협약에 따른 계약사건의 국제재판관할”, 서울대학교 법학 제49권 제4호(통권 제149호)(2008. 12.), 422면 이하와 석광현, “계약사건의 국제재판관할에서 의무이행지와 실질적 관련”, 법률신문 제3792호(2009. 11. 12.), 14면.

13) services는 역무(役務)로 번역하는 것이 확립된 번역례이다. 2001년 개정 이래 한국 국제사법은 이 용어 대신 “용역”이라는 용어를 쓴다(제41조 제1항 제2호, 제3호, 제46조 제2항 제3호). 그러나 일상어에서 “용역”이라 하면 독립된 사업자나 전문가에게 일을 맡기는 고용계약 내지 유상위임계약을 가리키는 어감이 강하다. 그러므로 학술용어로는 “역무”로 바꾸어 표현하는 것이 나을 것으로 생각된다.

있다.

이런 취지에서 눈여겨볼 부분은 다음과 같다. 첫째는 근로지(노무제공지)의 개념을 “일상적” 근로지로 다듬은 부분이다. 둘째는 일상적 근로지가 바뀐 경우에 “최후”의 일상적 근로지에만 의미를 부여하는 부분이다(제1항 1문 후단; 사용자가 해소하는 경우에도 유추적용). 셋째는 단일한 일상적 근로지가 없는 경우에 그 근로자를 “고용한 영업소” 소재지를 연결점으로 삼는 부분(제1항 2문; 사용자가 해소하는 경우에도 유추적용)이다.

제43조 제1항이 이 세 가지 점까지 세밀히 정한 출발점은 어디까지나 역무제공지(제41조 제1항 제2호) 개념이다. 그리고 역무제공지 개념도 이런 세 가지 점을 문제제기하면서 구체화할 필요가 있다. 그러므로 제41조 제1항 제2호가 규정하는 노무제공지관할도, 이익형량상 적절하고 법해석 방법론이 허용하는 한, 대체로 마찬가지로 해석하는 것이 바람직할 것이다.

첫째, 제41조 제1항에 따라 의무이행지를 정할 때 기준이 되는 것은, 계약특정적 급부의무자의 계약상 의무 중에서 주된 급부의무만이고, 부수적 급부의무나 보호의무(부수의무)는 기준이 되지 않는다고 하는 것이 타당할 것이다. 둘째, 역무제공지가 한 나라에서 다른 나라로 바뀐 경우, 가령 후자의 나라에서 이행되어야 할 또는 이행된 역무를 문제삼는 소송을 전자의 나라에 제기하는 것은 문제가 있을 것이다. 셋째, 역무제공지가 일정하지 않은 경우에도 모든 부분적 역무제공지에 모두 의무이행지관할(제41조 제1항 제2호)을 인정하는 것은 적절하지 않을 것이다. 의무이행지관할을 집중시키는 취지와 어울리지 않기 때문이다.

3. 근로계약에 관한 보호적 관할법제의 적용 여부

국제사법 제43조는 근로계약을 정의하지 않는다. 제43조가 적용되는 근로계약의 범위는 해석론에서 찾아야 한다. 아래에서는 제43조의 뿌리가 된 해외 입법례의 연혁과 해석론을 살펴본다.

가. 근로계약에 대한 국제관할법상 특칙의 유래

근로계약에 대한 국제관할법상 특칙은 스위스 국제사법과 1999년 헤이그예비초안을 참고하여 2001년 국제사법 개정시에 새롭게 도입되었다. 그런데 유럽에서도 이 특칙의 역사는 길지 않다.

(1) 독일

독일 민사소송법 제29조는 노동사건의 특별관할을 규정한다. 독일 민사소송법의 입법자는 편면적 국제재판관할규칙과 국내토지관할규칙을 국내토지관할규정 내에 묶어 두 규칙으로 기능하도록 하는 입법방식, 즉 이중기능적 토지관할규정을 두는 입법방식을 원칙으로 채용하여 왔다. 이 토지관할규정도 이중기능을 하도록 만들어졌다.¹⁴⁾ 외무근로자(Außendienstmitarbeiter)에 대해서는 노동법원법(Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG) 제48조 제1a항이 신설(2008. 4. 1. 시행)되어, 일정한 노동법적 분쟁에 대하여 일상적 근로지의 국제·국내토지관할을 규정한다.

(2) 브뤼셀협약

브뤼셀협약에는 원래는 근로자를 특별히 보호하는 관할규정(보호적 관할규정)을 두지 않았다.¹⁵⁾ 브

14) BAGE 82, 243, 245 = Schack Rspr. IPR Nr. 49; Schack ErfOrt Rn 216, 73 ff. (이상 Schack, IZVR (8. Aufl. Beck, 2022), Rn. 347에서 재인용)

취셀협약 제5조 제1호가 그때그때의 다툼있는 의무의 이행지를 기준으로 의무이행지를 정하는 것에 의하여, 최소한의 관할대등이 보장되고 있을 뿐이었다.¹⁶⁾ 즉, 사용자의 근로계약상 의무위반을 이유로 하는 의무이행지관할은 사용자와 근로자가 대등하게 원용할 수 있다. 근로자의 의무위반의 경우도 마찬가지이다.

유럽적 차원에서 변화의 물꼬를 튼 것은 1982년의 Ivenel v. Schwab¹⁷⁾ 판결이었다. Roger Ivenel은 Helmut Schwab와 대리상계약(contrat de représentation)을 맺고 대리상으로 일했다.¹⁸⁾ Ivenel은 Schwab를 프랑스의 스트라스부르 노동위원회(Conseil de Prud'hommes)에 제소했다. 최근 3년간 미지급된 성과급 보수(commission)와 고용계약 종료로 발생한 다양한 수당을 포함하여 금원의 지급을 구했다. 피고 Schwab은 Ivenel이 독립적 사업자(independent contractor)이라고 주장하여 사물관할(jurisdiction *ratione materiae*)을 다투고, 브뤼셀협약상의 의무이행지는 문제된 의무(obligation in question)의 이행지(place of performance), 즉 성과급 보수의 이행지(독일 외팅엔)라고 주장하여 장소적 관할(jurisdiction *ratione loci*) 결여를 다투었다.¹⁹⁾ 유럽대법원은 고용계약상 분쟁에 대한 의무이행지관할을 노무제공의무의 이행지에 집중시키는 해석을 했다.²⁰⁾ 유럽대법원은 브뤼셀협약 제5조 제1호에서 사용자와 피용자 간의 관할대등(Zuständigkeitsgleichheit)의 추구를 간취하고, 이 고려를 법률위반(대항)적(contra legem)으로 더 밀고 나갔다.²¹⁾

유럽대법원이 Ivenel v. Schwab 사건에서 노무제공형 계약(“근로계약”)상의 모든 분쟁에 대한 의무이행지관할을 노무제공의무의 이행지에 집중시킬 때 든 근거는 ‘노무지의 특별재판적과 노동계약 간의 밀접한 관련’이었다.²²⁾ 그러나 이것은 관할과 준거법의 병행론에 해당하는데 노무지법 외의 법을 준거법으로 합의할 수 있으므로 이 병행론은 설득력이 없다.²³⁾

그 후 Six Constructions v. Humbert²⁴⁾ 사건에서 유럽대법원은 다른 근거를 제시했다. 첫째는 피용자는 고용계약에 의하여 특정한 영업을 위한 조직에 계속적으로 편입된다는 점이다. 둘째는 역무제공지의 강행법규와의 병행이다.

(3) 1988년 루가노협약

1988년 루가노협약은 계약사건의 의무이행지관할을 규정한 제5조 제1호에 근로계약에 관한 특칙을 추가했다. Ivenel 판례를 명문화하고, 나아가 일상적 역무제공지가 없는 경우에는 고용지에 관할이 있다고 규정했다. 1988년 루가노협약은 근로계약에 대하여 사후적 국제재판관할합의를 허용하는 조문(제17조 제5항)을 신설했다. 스페인과 포르투갈의 가입을 위하여 1989년에 체결된 산세바스티안

15) Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348.

16) Ibid. 여기에서도 “이행지”(Erfüllungsort)라는 용어가 ‘의무가 이행되어야 하는 장소’(이행예정지)를 포함함은 당연시되고 있다. 채무자가 아무런 이행제공의 시도도 하지 않는 사안에서 채권자는 이행예정지에 제소할 수 밖에 없다. 그런데 “이행지”가 실제 이행제공지만 가리킨다는 극도의 문리해석을 하면, 이런 사안에서 채무자가 그곳의 의무이행지관할에 따르지 않아도 되는 혜택을 누리게 된다. 게다가 채무자가 이행제공의 시도를 하느냐 여부에 따라 의무이행지관할의 인정 여부가 달라진다면, 예견가능성이 특히 중요한 계약사안에서 관할 유무가 채무자의 계약체결 후 행동에 따라 달라지는 이상한 결과가 될 것이다. 요컨대 ‘채무자가 이행제공의 시도를 해야만 의무이행지관할이 생긴다’, ‘아예 이행제공의 시도조차 하지 않으면 의무이행지관할은 생기지 않는다’라는 생각은 부당하다.

17) Case 133/81 (1982).

18) 유럽대법원 판결집 서두에 수록된 판결문 요지.

19) 이상 판결문, para. 1.

20) Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348.

21) Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348.

22) Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348.

23) Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348.

24) Case 32/88 (1989).

(San Sebastian)협약은 1988년 루가노협약 제5조 제1호와 제17조 제5항을 이어받되 조금씩 개선했다. 산세바스티안협약 제5조 제1호는 고용지관할을 근로자만 원용할 수 있게 했다. 산세바스티안협약 제17조 제5항은 근로자에게 유리한 국제재판관할합의이면 사전적 합의라도 허용하는 내용도 추가로 담았다.

(4) 브뤼셀 제1규정

브뤼셀 제1규정 1차본(2000)으로 넘어오면서, 아예 개별적 근로계약에 관한 독립적 절을 두었다. 그 규정들은 2차본(2012)에서도 유지되었다(제2장 제5절, 제20조-제23조). 개별적 근로계약에 관한 규정들은 오로지 국제관할만 규정하고, 국내토지관할은 규정하지 않는다. 후자는 국내법에 일임된다. 노무제공형 계약에 대한 의무이행지관할규정(브뤼셀협약 제5조 제1호, 브뤼셀 제1규정 2차본 제7조 제1호)이 이중기능적 관할규정인 것과 다르다. 근로자가 제소되는 경우에 국제재판관할을 엄격히 한정하는 것은 유럽입법으로 통일적으로 정할 실익이 있지만, 국내관할까지도 유럽입법자가 나서서 똑같이 한정할 필요는 없다고 보았기 때문인 것 같다.

브뤼셀 제1규정 1, 2차본은 노무제공형 계약(2차본 제7조 제1호)과 근로계약(2차본 제20조 이하)을 구별한다. 전자에 대해서는 노무지에 의무이행지관할을 집중시킬 뿐이다. 후자에 대해서는 사용자가 따를 수 있는 관할사유를 제한하고 근로자가 따를 수 있는 관할사유를 확보하며 관할합의를 제한하여 근로자를 더 본격적으로 보호한다.

일반법에서 개별적 근로계약에도 제한없이 적용되는 조문은 제20조 제1항이 한정적으로 열거한다. 피고가 회원국에 주소를 둔지 않은 경우 회원국의 국내법에 의하는 점(제6조 제1항), 그런 피고에 대하여 회원국에 주소를 둔 원고가 그 회원국의 국내법을 이용할 수 있는 점(제6조 제2항), 그리고 피고의 사무소·영업소소재지관할(제7조 제5호)만이다. 아울러, 공동피고의 주소지국의 관련사건관할(제8조 제1호)은 사용자가 피고인 경우에 한정하여 적용된다.

일반법에서 정하는 피고주소지국관할(제4조 제1항)은 개별적 근로계약 사건에서도 인정된다. 다만 이 규정을 끌어오지 않고 자체적으로 규정한다. 제21조 제1항(사용자가 피고인 경우)과 제22조 제1항(근로자가 피고인 경우)이 그것이다. 이렇게 하는 것은 입법기술적 이유 때문인 것 같다. 제4조 제1항이 스스로 피고주소지국관할을 규정하는 것은 피고가 회원국에 주소를 둔 경우에 한정되기 때문이다. (주) 그 외의 경우에 피고에 대한 일반관할은 국내법에 맡기면서(제6조 제1항), 회원국에 주소를 둔 원고도 그 나라의 국적자처럼 그 나라의 국제재판관할에 관한 국내법을 이용할 수 있도록 할 뿐이다. 이와 달리 제21조 제1항과 제22조 제1항은 브뤼셀법상의 주소를 고집한다.

반소관할도 인정된다(제22조 제2항). 반소피고가 근로자이든 사용자이든 묻지 않는다. 또, 본소가 개별적 근로계약에 관한 것어야 하는 것도 아니다. 제8조 제3호가 개별적 근로계약에도 적용된다고 하지 않고 반소관할(제22조 제2항)에서 따로 규정한 것은 입법기술적 편의 때문인 것 같다. 제8조 제3호는 피고가 회원국에 주소를 둔 경우에 관한 규정이고, 국제재판관할과 국내토지관할을 함께 정하는 이중기능적 관할규정이기 때문이다.

응소관할도 물론 인정된다(제26조). 피고가 근로자인 경우에는, 법원은 국제재판관할을 취득하기 전에, 근로자에게 국제재판관할을 다룰 권리와, 다투지 않고 출석함으로써 발생할 법률효과를 주지시켜야 한다(제26조 제2항). 이렇게 하지 않은 상태에서는 피고 근로자가 다툼 없이 출석하더라도 응소관할이 성립하지 않는다는 취지로 이해된다.

근로자가 피고인 경우에는, 근로자(피고)의 주소지국(제21조 제1항), (최후의) 일상적 근로지국(제21조 제2항 a호), 근로자가 단일한 일상적 근로지국을 가지지 않는 경우²⁵⁾에는 “근로자를 고용한 영

25) 일상적 근로지국이 아예 없는 경우와, 일상적 근로지국이 복수인 경우를 포괄한다고 말할 수 있다. 그래서 두 경우를

업소”²⁶⁾ 소재지국(b호)의 국제재판관할이 인정된다.

브뤼셀 제1규정에서 근로계약에 해당하려면 지시구속성(Weisungsgebundenheit)이 있어야 한다.²⁷⁾ 법인의 기관(Organ)의 경우에는 그것이 결여된다.²⁸⁾ 대리상도 지시구속성이 없어, 그의 고용계약도 브뤼셀 제1규정의 근로계약에 해당하지 않는다.²⁹⁾

나. 한국 국제재판관법상 근로계약의 특별취급

한국에서도 근로계약은 국제관할법상 특별취급된다. 근로계약의 특칙은 2001년 개정시 도입되었다(당시 제28조 제3항-제5항).³⁰⁾ 일국법으로 입법하면서도 양면적 국제재판관할을 둔 점에서 각별히 모범적이었다. 그러나 2022년 개정시 국제재판관할규정체계를 전면적으로 정비할 때, 편면적 관할규정만 두는 것을 원칙으로 삼으면서, 규정형태가 바뀌었다. 법정관할을 정한 제43조 제1항, 제2항은 편면적 형태로 줄어들었다. 합의관할에 관한 제43조 제3항은 양면적 관할규정 형태로 남겨두려 했다. 다만, 근로자가 세소할 수 있는 나라를 추가하는 관할합의가 유효하다고 규정하는 부분(제2호)에서는 ‘외국’을 관할국으로 추가하는 경우만 언급하게 되었다. 일국법으로는 자국의 국제재판관할만 규정하는 것이 대부분이고, 이 입법방식을 따르는 것이 더 자연스럽다는 견해가 한국에도 영향을 미쳐, 이미 양면적으로 규정한 것까지 편면적 규정으로 바뀌는 등 혼란이 생기고 말았다. 아쉬운 일이지만 경상원칙(鏡像原則)으로 해결할 수 밖에 없다. 즉, 제43조를 포함하여, 일반재산과 담보재산 소재지관할(제5조 제1호 후단, 제2호)을 제외한 일체의 국제재판관할규정은 양면적인 규정처럼 해석해야 한다. 2022년 개정시 편면적 규정으로 바꾸면서, 문언만 보면 내용상 개정이 있는 것처럼 보여지는 부분도 생겼다. 제43조 제3항 제2호는 “국제재판관할의 합의에서 [일반법 및 이 조 제1항에 의하여 관할을 가지는 대한민국의] 법원 외에 외국법원에도 근로자가 소를 제기할 수 있도록 한 경우”라고 규정한다. 반대의 경우, 즉 ‘일반법 및 제43조 제1항에 의하여 관할을 가지는 외국법원 외에 대한민국 법원에도 근로자가 소를 제기할 수 있도록 하는’ 국제재판관할합의도 허용된다는 점이 명시되지 않게 되었다. 그러나 이것이 불허된다고 할 것이 아니라, 이것의 허부에 대해 입법과정상 착오로 입법의 흠결이 생겨버렸고, 이 부분은 기존의 법(개정 전 제28조 제5항 제2호)에서 그랬듯이 허용된다고 해석해야 한다. 개정법률 문언을 다듬는 과정에서 단순 착오가 있었음을 고려하는 역사적 해석으로, 그리고 대칭되는 문제상황에 대한 제2조의 유추적용으로 정당화된다. 결국, 유추해석에 의한 양면규

구별할 필요가 없다. Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 349도 두 경우를 구별하지 않고, “근로자가 그의 근로를 통상(일상)적으로 하거나 아닌 여러 국가에서 행하는” 경우를 위하여 b호를 두었다고 서술할 뿐이다.

26) 제21조 제2항 b호가 “근로자를 고용한 영업소”를 지칭하는지, 아니면 “근로자를 통제하는 영업소”를 지칭하는지가 문언상 아주 명백한 것은 아니다. 독일어본은 둘 다 의미할 수 있지만 전자에 무게가 실린다. 영어본과프랑스어본은 전자가 명백하다.

27) Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348 (EuGH RIW 2019, 503 - Bosworth Arcadia Petroleum Ltd.; EuGH IPRax 2016, 151, 154 mAnm Kindler 115 - Holterman Ferho Exploitatie BV(사용자책임 Geschäftsführerhaftung)를 인용).

28) Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348 (EuGH RIW 2019, 503 - Bosworth Arcadia Petroleum Ltd.; EuGH IPRax 2016, 151, 154 mAnm Kindler 115 - Holterman Ferho Exploitatie BV(사용자책임 Geschäftsführerhaftung)를 인용).

29) OLG Hamburg NJW 2004, 3126, 3127 f.; LAG Düsseldorf IPRax 2015, 551, 553 f. mAnm Temming 509, 512 ff.(Schack, IZVR (8. Aufl. 2021), Rn. 348에서 재인용).

30) 이것이 제2조 제2항에 의한 “참작”대상인 “토지관할” 규정이라고 서술하는 예가 있다. 조정현·황호원, “항공기사고에서 국제근로계약과 불법행위의 국제재판관할권 판단기준”, 항공우주정책·법학회지 제31권 제2호(2016. 12.), 85면. 그러나 두 가지 점에서 명백한 오해이다. 첫째, 2001년 개정 국제사법 제28조 제3항-제5항은 국제재판관할을 명시적으로 규정하며 국제재판관할만 규정한다. 브뤼셀협약 제5조 각호나 브뤼셀 제1규정 2차본(2012) 제7조 각호처럼 이중기능을 가지는 것도 아니다. 여기에서 동지(同旨)의 국내토지관할규칙을 유추할 여지가 있을 뿐이다. 다만 민사소송법 학계는 이런 유추적용의 움직임을 전혀 보이지 않고 있다. 둘째, 제2조 제2항이 말하는 “국내법의 관할 규정”은 (국내법상의) ‘국내토지’관할규정을 말한다. 국내법상의 국제재판관할규정까지 언급하는 것은 아니다. 그 이유는 명백하다. 명문의 국제재판관할규정이 있으면 그 규정을 적용하여 국제재판관할 유무를 판단할 일이지, 제2조 제2호의 유추적용 과정 속에 집어넣어 불확실성을 창출할 일이 아니다. 이런 결론은 조정현·황호원, 상계논문, 85면도 인정한다.

정화를 통하여, 내용상 개정은 없는 셈이라고 해석해야 한다.³¹⁾ 2022년 개정안의 기초자(개정위원회)는 근로계약에 대한 국제재판관할법상 특칙에 관해서는, 2001년의 입법성과를 그대로 승계하기로 했을 뿐, 아무런 내용상 개정도 의도한 일이 없다. 심지어 입법적으로 다듬어도 좋았을 부분도 그대로 두었다. 즉, '일상적 근로지가 변경된 경우에는 최후의 일상적 근로지가 기준이 되고'(개정전 제28조 제3항 1문 후단, 개정후 제43조 제1항 1문 후단), '단일한 일상적 근로지국이 없는 경우에는 근로자를 고용한 영업소 소재지국이 기준이 된다'(개정전 제28조 제3항 2문, 개정후 제43조 제1항 2문)는, 일상적 근로지 기준에 대한 세칙은, '근로자가 제소하는 경우'에 대해서만 명시되어 있고 '사용자가 제소하는 경우'에는 명시되어 있지 않다. 이 결점까지도 2022년 개정 전후에 걸쳐 그대로 유지되었다. 물론 이 세칙은 사용자가 제소하는 경우에도 유추적용되어야 한다. 이 점은 2022년 개정 전후에 걸쳐 같다.

근로계약에 관한 국제관할법상의 특칙은 근로자의 국제관할법적 이익 보호에 초점을 둔다. 그래서 보호적 관할(protective jurisdiction) 법제로 불리운다. 그러나 무조건 근로자에게 유리하게 규율하는 것이 아니므로, 근로자를 어떻게 보호하느냐에 초점이 있다. 또, 어떻게 사용자와 근로자에게 상응하는 불이익과 이익을 줄지만 문제되는 것도 아니다. 그래서 근로계약이 국제관할법상 특별취급되는 부분을 정리할 필요가 있다.

그런데 특칙을 살피기에 앞서, 제41조와의 공통점을 먼저 살펴야 한다. 즉, 근로계약을 계약상 채무의 의무이행지관할에 관한 일반법(제41조)에 의하면, 근로계약에 관한 별도의 규정(제43조)에 의하든 같은 부분부터 눈여겨볼 필요가 있다. 의무이행지를 계약특정적 급부义务的 이행지로 정형화하는 규율은 계약상 의무이행지국관할에 관한 일반법(제41조 제1항)도 채택하고 있다. 그래서 어느 계약당사자가 계약상의 어느 의무에 근거하여 소제기하든, 의무이행지관할국은 동일하다.³²⁾ 물론 일반법의 입법적 정비는 20년 가량 더 지연되었다. 2001년 개정시 국제재판관할에 관한 일반법(droit commun)

31) 사용자가 제소할 수 있는 나라를 한정하는 개정 제43조 제2항까지도, 편면적인 국제재판관할규정으로, 즉 어떤 경우에 한국법원이 국제재판관할을 가지는지만 명시하는 규정으로 축소시키고자 했다. 이 부분만 규정하면서 기존 조문(2022년 개정 전 제28조 제2항)에서 바뀌는 부분이 없게 하려면, 세심한 입법기술이 채용되었어야 했다. 국회에 제출된 개정안은 "사용자가 근로자에 대하여 제기하는 근로계약에 관한 소는 근로자의 일상거소가 대한민국에 있거나 근로자가 대한민국에서 일상적으로 노무를 제공하는 경우에만 [대한민국] 법원에 제기할 수 있다."로 되어 있었다. 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 535면 수록. "사용자가 근로자에 대하여 제기하는 근로계약에 관한 소를 [대한민국] 법원에 제기하는 것은 근로자의 일상거소가 대한민국에 있거나 근로자가 대한민국에서 일상적으로 노무를 제공하는 경우에만 허용된다."는 취지이고, 이를 간명히 표현한 것이다. 그러나 국회에서 "사용자가 근로자에 대하여 제기하는 근로계약에 관한 소는 근로자의 일상거소가 대한민국에 있거나 근로자가 대한민국에서 일상적으로 노무를 제공하는 경우에는 [대한민국] 법원에만 제기할 수 있다."로 문언이 바뀌고 말았다. 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 232-233면이 지적하듯이, 개정법률의 이 문언은 입법취지의 정확한 표현은 못 된다. 편면적 규정화의 와중에서 문언이 다소 흐트러진 것에 불과하다는 점을 고려하여(역사적 해석), 국회제출안과 같은 취지로 선해(善解)해야 한다. 석광현, 상세서, 232면은 이미 이런 결론을 내었다.

32) 이병화, "국제근로계약에 관한 국제사법적 고찰", 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 350면의 주 19는 근로지이기만 하면 의무이행지인지 여부를 묻지 않고 국제재판관할법상 유의미하게 다루는 견해로 석광현, 국제사법 해설(제2판, 지산, 2003), 265면을 인용한다. 그러나 근로지국관할도 의무이행지관할의 사고방식의 연장선상에 있다. 그러므로 이 견해는 다음의 두 가지 중 하나일 것으로 생각된다. 첫째, 일반법상의 의무이행지국관할을 실제 이행제공지 위주로 판단하여, 이행예정지국관할에 대하여 회의적인 견해일 수 있다. 즉, 일반법상으로는 그렇지만, 근로지국관할은 아직 그곳에서 근로를 제공한 일이 없었어도 인정되므로 차이가 있다고 보는 견해일 수 있다. 둘째, 구체적 사건에서 일반법에 의한다면 의무이행지관할이 인정되지 않겠지만 근로지관할은 인정되는 경우가 있음을 언급한 취지일 가능성이 있다. 첫째 견해라면 동의할 수 없다. 의무이행지관할에서 말하는 의무이행지는 실제 이행제공지만을 가리키거나 실제 이행제공지에 중점이 있는 것이 아니라, 오히려 이행예정지 개념에서 출발하면서 실제 이행제공지까지 포괄하는 개념이기 때문이다. 이행예정지관할을 백안시하는 견해도 의무이행지의 합의는 인정하는데, 이것은 일관성이 없다. 둘째, 근로지 근로지국을 정하는 구체적 기준이 일반법상의 의무이행지국을 정하는 기준과 다른 점을 언급하는 취지라면 동의한다. 일반법상으로는 의무이행지의 합의가 가능하여 심지어 '특정 장소를 의무이행지로 간주'하는 합의도 가능하지만, 근로지는 항상 객관적으로 파악된다. 또, 일반법상으로는 2022. 7. 4.까지는 '문제된 의무' 즉 청구의 기초가 된 의무를 기준으로 의무이행지를 판단했으므로 계약특정적 급부义务 아닌 의무(가령 임금이나 퇴직금 지급채무)를 기준으로 의무이행지관할이 정해질 수도 있었지만, 근로지 개념은 그 자체가 계약특정적 급부义务의 이행지에 의무이행지관할을 집중시키는 것이다.

의 입법을 미루고 소비자계약과 근로계약에 관한 특칙만 신설했기 때문에, 우선 이 두 계약유형에 대한 특칙에서만 이 해결이 먼저 채택되었다. 계약 일반에 대한 의무이행지국관할규칙에서 이런 ‘의무이행지국관할의 집중(통일)’의 입법적 채용은 2022년 개정에서야 이루어지게 된다. 그러나 논리적으로는 후자(제41조 제1항)가 앞서고, 이를 전제로 소비자와 근로자를 더 보호하는 내용이 소비자계약(제42조)과 근로계약(제43조)의 특칙에 들어간다. 입법의 선후는 바뀌었지만, 논리적 구도는 드디어 2022년 개정으로 위와 같이 명확히 정리되었다.

근로계약에 관한 특칙은 제41조 제1항 제2호의 해결책을 채용하는 데에서 더 나아가, 다음의 점에서 특칙을 정한다.

첫째, 근로계약에 관하여 의무이행지를 정형화한 내용을 보면, ‘단일한 일상적 근로지가 없는 경우에는 근로자를 고용한 영업소 소재지로서 일상적 근로지를 대신한다’는 세칙이 명시되어 있다(제43조 제1항 2문). 근로자가 제소하는 경우에만 이 세칙이 명시되어 있지만, 사용자가 제소하는 경우에도 마찬가지라고 해석해야 한다. 이 세칙은 제41조 제1항에는 없다. 근로계약의 특칙에는 이 세칙까지 두어, 계약특정적 급부의무의 사고방식을 더 철저히 고수하려 한다.

둘째는 사용자가 제소할 수 있는 나라의 제한이다(제43조 제2항). 사용자는 근로자의 ‘현재(소송시)’의 상거소지국과, ‘현재’의 일상적 근로지국(제43조 제1항 후단이 유추적용되어 과거의 일상적 역무제공지국은 제외)—‘단일한 일상적 근로지가 없는 경우에는 당해 근로자를 고용한 영업소 소재지국’—에만 제소할 수 있다. 근로자의 재산소재지국(제5조)에는 제소할 수 없다. 실제 사안이 드물긴 하겠지만, 사무소·영업소 소재지국(제4조 제1항)과 조직적이고 지속적인 활동지국(제4조 제2항)의 특별관할도 배제된다.

셋째는 국제관할합의의 제한이다(제43조 제3항).

해석상 다음의 특칙도 인정된다. 이 점은 일상적 근로지의 개념에 내포되어 있다고 해석해야 한다. 즉, 일상적 근로지는 실제의 일상적 근로지여야 한다. 일상적 근로지의 의제는 제43조 제1항 2문을 제2항에 유추적용하는 경우에 한정된다. 즉, 실제관계상 의무이행지가 아닌(이행예정지도, 실제 이행 제공지도 아닌) 국가에 국제관할을 인정하는 의무이행지 합의, 즉 의제(擬制)적 의무이행지합의에 대해서는 제43조 제3항을 유추적용하여, 그와 같은 한도 내에서만 허용된다고 해석해야 한다.

다. 근로계약의 범위: 브뤼셀 제1규정의 해석례

1989년 개정 전 브뤼셀협약 하에서 *Ivenel v. Schwab* 판결은 대리상계약을 노무제공형계약(당시 조문의 표현으로는 “근로계약”)으로 다루었다. 고용주 Schwab가 노무의 독립성을 이유로 근로계약에 불해당한다고 다투었지만, 스트라스부르 노동위원회(Conseil de prud’hommes)는 이 주장을 받아들이지 않았고, 파기원과 유럽대법원도 이 부분을 의문시하지 않았다.

*Shevanai v. K. Kreischer*³³⁾: 근로계약에 해당하려면 피용자와 회사 간에 지속적 관계가 있어 사용자의 조직의 일부가 되어야 하고, 근로계약과 근로제공지 간에 관련이 존재해야 한다고 실시했다.³⁴⁾ 그러나 *Shevanai* 판결에 적용된 브뤼셀협약에는 근로계약에 대한 보호적 관할규정이 없어서, 이 판결의 선례적 가치는 적다.³⁵⁾

*Marc Brogssitter v. Fabrication de Montres Normandes*³⁶⁾: 근로계약 사안과 불법행위 사안의 구별 기준을 다름. 계약위반이면 근로계약 사안이고, 이사(director)로서의 의무의 부적절한 수행이면 불법행위 사안이라고 판시했다.³⁷⁾

33) Case 266/85, [1987] ECR 239.

34) van Calster, 전제서, para. 2.282.

35) van Calster, 전제서, para. 2.282.

36) Case C-548/12 (2014).

Magali Warbecq v. Ryanair Ltd.³⁸⁾: 사용자가 아니라 근로자의 활동에 의하여 근로계약 사안인지 여부를 식별한다.³⁹⁾

Holterman Ferho Exploitatie BV and others v. Friedrich Leopold Freiherr Speis von Bülllesheim⁴⁰⁾: 유럽연합 송무장관(Attorney General) Cruz Villalón은 근로계약이 역무제공계약(contract for the provisions of services)과 구별되어야 함을 강조했다. 근로계약에 해당하려면 종속(subordination)의 요소가 있어야 한다. 즉, 감독(supervision)과 지시(instruction)가 있어야 한다.⁴¹⁾ 경영진도 이 요건을 충족할 수 있다.⁴²⁾ 정관(by-law)과 근로계약을 검토하여 밝힐 문제이다.⁴³⁾ 경영진이 주식 소유를 통하여 자신을 통제하는 회사 기구들을 통제할 때에만 종속성이 부정된다.⁴⁴⁾

유럽대법원의 판결은 보수를 대가로 타인의 지시(direction) 하에 역무를 제공하는가 라는 기준을 제시했다.⁴⁵⁾

라. 소결

근로계약에 대한 보호적 관할의 특칙은 노무제공형 계약상의 의무이행지국관할의 연장선상에서, 그것과 불필요한 어긋남 없이 해석되어야 한다. 연혁적으로도 먼저 노무제공형 계약상의 의무이행지 관할규칙이 발달했고, 그 바탕 위에서 근로자를 보다 충실히 보호하기 위하여 근로계약의 특칙이 발달했다. 게다가 두 규율 간의 불필요한 차이로 불필요한 변수를 만들 필요가 없기 때문이다.

한편으로는 역무제공형 계약에 관한 제41조 제1항 제2호가 근로계약에 관한 제43조 제1항, 제2항 으로부터 끌어올 수 있는지 검토하여 볼 만한 부분이 있다. 이에 관해서는 계약 일반의 의무이행지를 서술할 때 언급한다.

다른 한편으로는 노무제공형 계약과 근로계약이 실제로 얼마나 달리 취급되는지를 직시하면서, 다양한 사안유형에 맞게 국제사법상의 근로자 개념의 외연이 경직되지 않도록 하는 것이 바람직할 것 같다. 단순한 노무제공형 계약이 아니라 근로계약으로 인정됨으로써 달라지는 것은 많지 않다. 사용자가 근로자를 제소할 때에는, 관련사건관할(제6조)이나 재산소재지관할(제5조)에 기댈 수 없고, 국제적 합의관할도 제한된다(제43조 제3항)는 점이 주된 차이일 것이다. 근로자가 사용자를 제소할 때에는, 국제적 합의관할(제43조 제3항)이 제한된다는 점만이 중요한 차이일 것이다. 결국 두 경우에 차이는 크지 않다.

무엇보다 중요한 것은 근로계약에 관해서는 그에 고유한 특별관할과 준거법 결정기준이 만족스럽게 발달되어 있는 편이고, 둘 다 일상적 근로지로 수렴되어 관할과 준거법의 일치(병행)도 인정된다는 점이다. 국제사법적 규율의 본래 임무에 충실하려는 꾸준한 노력이 이를 가능케 했다. 국제재판관할법에서는 의무이행지관할을 계약특징적 급부의무의 이행지에 집중시키고, 법률저축법에서는 계약특징적 급부의무를 기준으로 의무이행지법주의를 되살렸다. 그 결과, 계약특징적 급부의무의 이행지국이 국제재판관할과 실제준거법 양쪽을 제공하는 곳으로서 유력하게 다루어지게 되었다. 그런데 이와 대조적으로, 계약 일반에 관해서는 그 재판적과 실제준거법을 정하는 기준이 그다지 만족스럽게

37) van Calster, 전게서, para. 2.287.

38) Case C-555/03 [2004] ECR I-6041.

39) van Calster, 전게서, para. 2.287.

40) Case C-47/14 (2015).

41) van Calster, 전게서, para. 2.284.

42) van Calster, 전게서, para. 2.284.

43) van Calster, 전게서, para. 2.284.

44) van Calster, 전게서, para. 2.284.

45) van Calster, 전게서, para. 2.285.

정립되어 있지 않다. 두 기준은 서로 일치하지도 않는다. 노무제공형 계약도 마찬가지이다. 노무제공형 계약에 관하여 이런 아쉬움을 극복할 방안이 마땅치 않다. 그런데 근로계약의 범위를 충분히 넓게 잡으면, 근로계약의 (넓은 의미의) 국제사법적 규율이 잘 정비되어 있는

이렇게 근로계약의 범위를 충분히 넓게 파악하여 근로계약의 특별법제를 충분히 넓게 활용하면 보호적 관할(protective jurisdiction)을 정하는 취지가 희석되는 것일까? 굳이 그렇게 볼 필요는 없을 것 같다. 근로계약을 비롯한 고용계약의 경우에는 국제재판관할법과 법률저촉법 양쪽에서 각별히 중시할 만한 최밀접관련 기준을 찾아낸 것이고, 이 하위분야에서는 관할과 준거법의 일치(병행)가 특히 긍정적 효용을 가지기 때문이다. 물론 국제재판관할과 준거법 결정 양면에서 계약특징적 급부의무의 이행지에 초점을 맞추는 접근방법은 소비자계약에 관해서도 행해지고 있고, 브뤼셀 제1규정 1, 2차본과 루가노협약 2007년본에서는 보험계약에 관해서도 그렇게 한다. 그러나 이 두 하위분야의 특별법제는 근로계약의 그것만큼 확고하게 정립되어 있다고 하기 어렵다. 소비자계약과 보험계약에서는 비로소 계약특징적 의무이행지에 집중한 것은, 소비자와 피보험자에게 제공되는 계약특징적 급부가 소비자와 피보험자의 상거소지국에서 이행완료된다는, 다분히 의제(擬制)적인 요소를 개입시킴으로써 비로소 가능했다. 물론 소비자계약의 특별취급의 근거에서 이 의제적 요소가 차지하는 비중에 대해서는 견해가 나뉘는 것 같다. 브뤼셀 제1규정이 2차본(2012)으로 되면서 능동적 소비자까지도 상당히 폭넓게 보호하게 되었고, 국내 학계에서도 여기에 관심을 보이는 견해가 있어 왔다. 그런 견해도 힘입어, 2022년 개정시 능동적 소비자계약의 일부도 보호범위에 포함되었다.⁴⁶⁾ 소비자계약의 경우에는 ‘소비자의 입장에서 순수한 국내적 계약처럼 다룰 만한’ 계약에 국한하여 이런 의제가 정당화된다는 견해도 있다. 수동적 소비자계약에 대해서만 특칙을 두는 견해가 여기에 해당한다. 또, 보험계약의 피보험자와 보험수익자까지도 국제사법상의 “약자”로서 보호할 필요가 있는지에 대해서는 한국에서는 아직 견해가 모아지지 않고 있다. 게다가 두 분야에서는 관할과 준거법의 일치(병행)가 근로계약에서만만큼 절실히 요청되는 것도 아니다.

게다가 국제사법상 근로자 개념의 외연은 국제사법상의 약자보호라는 취지에 맞도록 정해질 사항이지, 굳이 국제사법과 실체사법에 공통된 약자 개념과 약자보호 필요성을 이야기해야 하는 것은 아니다. 그래서 사실 소비자, 근로자 등을 국제사법상 약자로서 특별히 보호하는 것을 가리켜, 굳이 실질사법(實質私法)적 고려 내지 정책이 국제사법에 개입한다고 할 필요도 없는 것 같다. 실질사법이 그들을 경제적 약자로 다루는 것이 자극제가 되어, 국제사법적으로도 약자로 다루게끔 눈이 열렸다고만 하면 될 것 같다. 그렇지만 국제사법에 관한 한, 채권계약관계상의 약자로서 소비자, 근로자 등은 공간(장소)적 약자일 뿐이다. 그들을 국제사법상 약자로 파악하게 된 경위를 친절히 밝히기 위하여 “경제적” 약자라고 하는 것은 큰 문제가 없을 것이다. 그러나 통설처럼 “사회”·경제적 약자라고 할⁴⁷⁾ 필요는 없는 것 같다. 시장경제에 입각한 사회구조에 의하여 구조적으로 손해를 보는 자이므로 단순한 경제적 약자라기보다 사회·경제적 약자라는 것이 사회경제적 약자론이다. 그래서 그들의 보호는 경제적 정의의 요청에 머무르지 않고 사회적 정의(social justice)의 요청이기도 하다는 것이다. 이런 사회경제적 약자론을 따를지 말지는 실질법의 몫이다. 공간(장소)적 정의의 추구를 본연의 임무로 하는 국제사법이 소비자, 근로자 등을 “사회”적 약자로 바라볼 일이 있는지 의문이다. 필자도 종래에는 통설에 따라 사회·경제적 약자라는 표현을 썼지만, 엄밀히 말하면 재고를 요한다고 생각된다.

그러므로 국제사법에서 근로자 개념을 넓히는 일이, 노동법 자체에 시사하는 바는 아마도 전혀 없을 것이다. 국제사법상 근로자로 파악하는 범위를 적절히 넓힘으로써 국제재판관할과 준거법이 일상적 노무제공지 중심으로 정형화되는 사안의 외연이 넓어질 뿐이다. 이렇게 함으로써 그 피용자가 노

46) 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 224면.

47) 대표적으로 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 224면(소비자), 231면(근로자).

동일체법상 근로자로 취급될 가능성을 높이려는 취지는 전혀 없다. 그러므로 국제근로계약법이 근로자의 범위를 유연하게 넓힌다 하여, 실질법적으로도 노동자 범위를 넓히는 촉매제나 신호탄으로 여길 일이 아니다. 이 논문은 후자의 주장을 해 온 노동계 친화적, 노동권력 친화적 노동법학자들에게 아무런 지지도, 반대도 보내지 않는다. 이 논문은 국제사법만 다루는 논문이므로, 노동계나 노동권력의 실질법상의 관심에 대하여 냉담하다. 국제근로계약법상 근로자의 범위와 노동법상의 근로자의 범위는 일치할 필요도 없고, 전자의 확대추세에 맞추어 후자도 확대할 필요도 없다. 전자를 확대하면서 후자를 제한하는 일도 똑같이 자연스럽다.

이상의 이유에서, 형식적으로는 간부급 임원이나 독립사업자라 하더라도, 실질적으로 지휘감독을 받는 피용자라면, 국제사법상으로는 근로자에 해당한다고 하기를 주저할 필요가 없지 않을까 생각한다.

마. 대상판결의 검토

대상판결은 직위가 대표이사이면 일률적으로 근로자가 아니라고 판단했다. 그러나 제28조와 뿌리를 같이하는 브뤼셀 제1규정은 달리 해석되고 있다. 유럽대법원 판례에 의하면, 회사의 임원이라도 타인의 지시를 받아 역무를 제공하면 근로자에 해당한다. 이것은 민법상 고용계약을 특징지우는 요소이다. 회사의 임원이라도 회사와의 관계가 고용에 해당하면 근로자로 취급된다. 물론 Shevanai v. Ivenel 사건처럼 회사의 인적 조직의 일부를 이루지 않는 피용자와의 관계는 근로계약에는 해당할 수 없고, 고용계약에 해당할 뿐이다.

대상사안에서 피고를 고용한 원고회사(유한회사 G EU)는 주식회사 G코리아가 유럽연합 시장 진출을 위하여 설립한 자회사로 보인다. 만약 G코리아가 원고회사의 지분을 100% 소유하는 관계라면, G코리아가 원고회사의 업무를 지시 내지 지휘하는 관계일 가능성이 높다. 나아가, 만약 피고가 G코리아의 실질적 지배자가 아니고, 오히려 G코리아가 피고를 슬로바키아에 파견하여 유럽연합 시장 진출을 위한 업무에 종사하게 했다면, 피고는 원고회사의 근로자에 해당한다고 해야 할 것 같다.

피고의 원고회사 내 직위가 대표이사라 하여 곧바로 근로자의 지위를 부정할 것이 아니라, 원고회사와 그 모회사(G코리아)의 지분소유관계 및 실질적 관계를 살펴 근로자인지 여부를 가려내었어야 하지 않았나 라는 아쉬움이 남는다.

4. 일반재산소재지관할

가. 일반재산소재지관할의 본질, 기능과 실질적 관련성 기준에 의한 통제의 필요성

재산소재지관할은 외국인에 대하여 국제재판관할을 확보하기 어려운 경우에 대응하기 위하여 고안된 것이다. 독일에서 여러 선행 입법례가 있었고, 결국 독일 민사소송법에 규정되었다. 재산소재지관할은 관할배분설의 관점에서 보면 과잉관할의 전형이지만, 재산소재지국에서 실체재판을 받으면 집행하기 편하다는 이유로 인정된다. 사람이 사는 곳 외에 재산을 소유하는 일이 드물던 시절에는, 재산소재지관할이 그리 비정상적이지 않았다.

그러나 사람이 자신의 상거소지국 아닌 외국에 재산을 소유하는 일이 쉬워지고 흔해진 오늘날에는, 재산소재지관할의 과잉관할성의 폐단이 커질 수 있다. 그래서 재산소재지관할에도 관할배분설의 관점을 적용시켜 적절히 제한할 필요가 있다. 실질적 관련성 기준의 통제를 받도록 하는 것이 하나의 방법이 될 수 있다. 독일 BGH가 이 견해를 채택했다.⁴⁸⁾ 2022년 개정 국제사법에 신설된 제5조

48) 1991. 7. 2. 판결, BGHZ 115, 90 = NJW 1991, 3092 = IPRax 1992, 160. 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 83면 참

제2호도 이 제한을 명문화했다.

나. 일반재산소재지관할의 요건

피고의 상거소가 한국에 없고, 한국에 재산을 보유하면 일반재산소재지국의 관할이 인정된다. 이것이 본래적 요건이다. 그런데 오늘날에는 다양한 국제재판관할규칙들이 발달하여, 일반재산소재지관할이 오히려 실질적 관련 원칙을, 나아가 재판관할의 국제적 배분 사상(관할배분설)을 저해할 위험이 대두되었다. 그래서 실질적 관련성(제2조 제1항)의 기준에 어긋날 정도가 되어서는 안 된다는 기준이 제5조 제2호에 명문화되었다. 만약 제5조 제2호가 실질적 관련성을 적극적 요건으로 규정했다면, 재산소재지관할의 요건의 무게중심은 실질적 관련성으로 이동했을 것이다. 그러나 이렇게 하면, 일반재산소재지관할의 본질이 변질되어 거의 만능의 관할사유가 되고, 다른 국제재판관할규칙들을 무색하게 만들게 될 우려까지 생길 것이다.⁴⁹⁾ 그래서 제5조 제2호는 실질적 관련성 기준이 명백히 해쳐지는 경우에 일반재산소재지관할을 인정할 수 없다고 소극적 형태로 규정한다. 이렇게 규정함으로써, 일반재산소재지관할이 ‘당사자 또는 사안과 실질적 관련 있는 나라에 국제재판관할을 인정한다’는 관할배분사상에 근거를 두는 것이 아니라 내국에서의 집행편의에 근거를 두는 점이 보존되었다. 그러나 이런 기능을 감안하더라도, 실질적 관련 기준을 지도원리로 하는 국제재판관할법의 전체적 이익형량에 어긋날 정도가 되어서는 안 된다. 이런 제한은 있고, 이 정도의 제한만 있다는 점을 제5조 제2호에서 분명히 하는 것이다.⁵⁰⁾

그런데 실질적 관련 기준이 저해될 정도인지를 판단하는 데 어떤 사정이 고려될 수 있는지는 구체적인 사건을 재판하면서 자주 문제될 것으로 생각된다. 몇 가지 질문을 던져 볼 수 있다. 내국재산의 소재 자체가 실질적 관련성 기준 합치 여부의 검토에도 다시 감안되는가? 아마 그렇지 않을 것이다. 그러나 내국에 재산이 소재하게 된 경위는 감안될 수 있을 것이다. 재산소재지관할에 대한 실질적 관련성의 통제기준은 당사자관련성을 포함하는가? 당사자관련성으로서 감안될 여지는 없고, 사안 관련성으로서만 감안될 수 있다고 생각된다. 대상판결에서도 몇 가지 고려사항이 감안될 수 있는지 문제되었다. 아래에서 제목을 바꾸어 살핀다(다., 라.).

재산소재지관할도 권리남용(민법 제2조 제2항) 법리의 제한을 받는다. 통제되어야 하는 대표적인 경우는 재산의 가치가 적어 내국에서의 실체재판의 실익이 없는 경우이다. 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결(고엽제)도 이 점을 실시했고,⁵¹⁾ 판례의 이 부분을 살려 제5조 제2호에 명문화했다.

민사소송법이 규정하는 일반재산소재지 법원의 국내토지관할은 국제재판관할이 일반소재지관할에 의하여 긍정되는 경우에 한정하여 인정해야 한다. 그 외의 경우에 단순히 국내토지관할법 자체적으로 일반재산소재지관할을 인정하는 것은 재산소재지관할규칙의 연혁과 본질에 어긋나고 피고에게 가혹하다. 민사소송법 제11조의 법문은 “주소”라 하나, 이것은 국제관할법의 주소를 말한다. 결국 자연인에 대해서는 상거소와 같다고 해석해야 한다.

다. 재산소재를 빌미로 한 피소의 예견가능성도 실질적 관련성을 뒷받침할 수 있는가

대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결은 재산 소재가 피소의 빌미를 제공하므로 피소는 예견 가능하고 따라서 실질적 관련성을 성립시킨다고 실시했다. 그래서 실질적 관련성 기준의 통제 없는

조.

49) 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 85면도 이런 취지로 보인다.

50) 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 85면.

51) 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 83면의 주 85도 이 점을 언급한다.

순수한 재산소제지관할을 여과 없이 정당화했다. 대법원은 실질적 관련성 기준 자체를 독립적 국제관할기초로 삼는 판례를 근거 없이 창출하여 최대한의 판단자유를 만끽해 왔는데, 이것이 국제사법개정안의 입법화로써 폐지될 경우에 대비하여 ‘실질적 관련성 관할’에 준하는 자의적 관할사유를 찾던 중 이런 판시에 이른 것으로 보인다. 개정안은 재산소제지관할에 실질적 관련성 기준의 통제가 어떻게 가해지는지 명시하지만(제5조 제2항), 대법원은 ‘재산 소재로 인한 예견가능성’만으로도 이 통제기준을 충족할 수 있다고 하여, 국제관할을 넓히는 쪽으로 방대한 행동자유를 확보하게 된다. 한편, 대법원은 ‘재산 소재로 인한 예견가능성’만 있으면 실질적 관련성이 ‘항상’ 충족된다고 설시한 것은 아니므로, 한국의 국제관할을 부정하고 싶으면 얼마든지 부정할 수 있는 행동자유도 방대하게 확보해 놓을 수 있다. 국제관할법의 불확실성은 제차 극대화되고, 국제관할법은 또다시 위기를 맞게 된다.⁵²⁾

그런데 대상판결은 대법원 2019. 6. 13. 판결이 제시한 ‘재산 소재로 인한 예견가능성만으로 실질적 관련성 기준을 충족하기에 충분하다’는 논리를 전혀 언급하지 않았다. 대상판결에서 아예 언급되지도 못할 정도로 아무런 설득력을 발휘하지 못했음은 분명하다. 대법원 2019. 6. 13. 판결의 문제점을 간파하고 의식적으로 멀리한 것일 수도 있으나, 대법원 판례의 취약성을 파고들어 비판한 것은 아니다.

라. 형사사건의 계속(繫屬)도 실질적 관련성을 뒷받침할 수 있는가

동일한 사안이나 관련사건에 관한 형사사건의 계속도 실질적 관련성을 뒷받침할 수 있다. 사실 현행 관련관할규칙이 착안하는 관련소송에는 민사소송만 들어가고, 형사소송은 들어가지 않는다. 관련 형사사건이 수사기관이나 법원에 계속된 국가라는 점을 중시하여 민사소송에 대한 국제관할도 인정할 것인가 라는 문제에 대한 대응은, 입법뿐만 아니라 학설상으로도 흠결되어 있다. 재산소제지관할과 같은 잔여적 관할은 이런 공백을 메우는 기능을 유용하게 할 수 있다.

대상판결은 실질적으로 동일한 사안에 대한 형사사건이 한국의 수사기관에 제기되어 피고가 한국에서 자발적으로 출석하여 수사도 받았음을 언급하면서, 이를 재산소제지관할을 정당화하는 실질적 관련성의 징표 중의 하나로 든다. 이것은 주목할 만한 설시이다.

5. 단일화된 만능의 독립적 관할사유(실질적 관련성 관할)론의 폐기

가. 2001-2019년의 대법원 판례와 그 문제점

2001년에 신설(7. 1. 발효)된 국제사법 제2조는 국제관할법의 광범위한 흠결보충의 요령을 정하고(제2항),⁵³⁾ 이 때 고려되어야 할 지도원리를 밝힌다(제1항). 물론 제1항이 명시하는 지도원리는 개별

52) 상서는 장준혁, “국제재판관할법상 실질적 관련성 기준에 관한 판례의 표류: 지도원리의 독립적 관할기초화와 예견가능성론에 의한 무력화”, 자율과 정의의 민법학: 양창수교수 고회기념논문집(박영사, 2021), 1027-1028, 1031-1032면 참조. 대법원 2019. 6. 13. 판결에 대한 긍정적 평가로는 석광현, “국제사법 제2조 제2항을 올바르게 적용한 2019년 대법원 판결의 평석: 일반관할과 재산소제지의 특별관할을 중심으로”, 국제거래와법 제29호(2020. 4.), 131면 이하; 한애라, “재산소제지 특별관할에 관한 법리와 판례의 검토 및 입법론: 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결”, 저스티스 ㄱ182-1호(2021), 219-254면.

53) 따라서 제2조가 국제재판관할법의 입법흠결을 메우는 것이 아니다. 또, 제2조 제2항은 국제재판관할법에 흠결이 있을 때에만 작동한다. 국제재판관할규정이 있어 그것으로 해결되는 한, 제2조 제2항은 전혀 작동하지 않고, 제2조 제1항이 유난히 개입할 필요도 없다. 제2조 제1항은 그 틀 안에서 인정되는 개별 국제재판관할규칙이 명문화되어 있든, 해석(내지 司法的 법형성)에 의하여 발견(내지 형성)될 뿐이든, 그 규칙의 배경에 서서 지도원리를 선언할 뿐이다. 제2조 제1항이 선언하는 지도원리의 개입이 눈에 띄는 일은 개별 국제재판관할규칙에 문제점이나 흠결이 있을 때뿐이다. 개별 국제재판관할규정이 규칙 형태로 충분히 잘 갖추어져 있으면, 제2조 제1항이 할 수 있는 역할은 없다. 이것은 제2조 제1항이 지도원리를 밝히는 의미를 평가절하하는 의미가 전혀 아니다. 오히려 지도원리와 이를 명시하는 조문의 최선의

국제재판관할규정을 해석할 때에도 길잡이가 될 수 있다. 그러나 개별 국제재판관할규정이 충분히 갖추어져 있는 한, 제2조 제1항은 배경에 머무르게 마련이며, 제2항은 아예 적용될 여지가 없다.⁵⁴⁾ 제1항에서는 국제관할법의 지도원리를 선언적으로 규정하여 방향의식과 방법론(실질적 관련 있는 나라에의 관할배분)을 환기시켜 주고, 제2항에서는 법률홈결의 보충방법으로 규정유추(법률유추)부터 시도할 것이 요구된다고 정한다. 즉, 국제적, 국내적인 장소적 관할배분은 둘 다 장소적 관할의 문제이므로, 국내토지관할규정을 비롯한 국내관할규정의 선별적 유추적용과 유추적용 과정에서의 적절한 변용의 가능성을 우선적으로 탐구하도록 한다. 2022년에 개별적 국제관할규정들의 체계를 도입한 후에도 입법홈결이 남아 있으므로, 제2조는 존치되었다. 명문의 국제관할규정이 없을 때 홈결을 보충하는 도구임을 분명히 하는 문구도 덧붙여졌다.

그러나 대법원은 2001년부터 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결이 나오기까지 방법론적으로 매우 이례적인 해석론을 스스로 정립하고 고집했다. 법률홈결 보충의 기본원칙은 장소적 관할법 내에서 규정유추부터 시도할 것을 요구하고, 이런 홈결보충 방법을 제2조 제2항이 친절히 명시함에 도 불구하고, 유추해석의 방법과 제2항은 철저히 무시했다. 아무 법적 근거 없이 제2조 제1항을 독립적 국제관할규정, 즉 그 자체로서 자족적(自足的)인 국제관할기초로 파악했다. “실질적 관련성” 자체가 국제관할근거이며, 법원은 온갖 사정을 종합하여 직관적으로 판단할 수 있다는 것이다. 요컨대 “실질적 관련성 관할”론이다.

이렇게 하여 2001-2019년의 대법원 판례는 예견가능성과 확실성을 추구하는 근대법의 원리를 배반했다. 법률규정(해석으로 정립한 국제관할규칙을 일괄 폐지하고 일반조항 1개로 대체하는 ‘전 국제관할법의 재량화 내지 형평법화’를 감행했다. 그렇게 하면서도 국제적 합의관할, 계약사건의 의무이행지관할, 제조물책임사건의 행동지관할과 결과발생지관할 등은 인정하여, 국제거래 분야에서는 국제사회의 눈치를 보는 듯한 모습을 보였다. 국제거래계의 심기를 건드리는 일은 피하되, 나머지 분야에서는 법원의 행동여지를 무제한적으로 확대했다. 사실심이 제2조 하에서 기존 판례를 그대로 존중하고 국제관할법을 점진적으로 다듬어 나가기도 했지만, 대법원은 이를 정당히 평가하기를 거부했다. 오히려 대법원의 국제관할법 찬탈에 따르지 않는 사실심 판결에 대해서는, 그 판지를 대법원 판결문에 인용하지 않는 등의 방법으로 억눌렀다.

첫 선례는 도메인이름 부당선점 및 부당탈취를 다룬 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결이었다. 결국 전자는 특수불법행위의 하나인 부정경쟁행위, 후자는 부당이득으로 성질결정되어야 한다는 것이 국제적인 통설로 정착되었지만, 당시에는 사건유형이 낯설었다. 그래서 법률관계의 성질결정을 미루면서 국제재판관할을 판단하기 위하여, 제2조 제2항에 의하여 어느 법률관계를 위한 특별관할규정을 “참작”(유추적용대상으로 삼을지 고려)할지 태도를 분명히 하지 않은 것으로 보여지기도 했다. 그러나 대법원은 이런 기대를 저버리고 “실질적 관련성 관할”론을 국제적 합의관할, 계약사건의 의무이행지관할, 제조물책임사건의 행동지관할과 결과발생지관할 외의 모든 문제에 일관시켰다.

그러나 대법원이 창조한 “실질적 관련성 관할”론의 긍정적 기능은 거의 없다. 국제관할이 장소적 관할의 문제임을 이해하지 못하거나 “실질적 관련”이라는 지도원리조차 알지 못하는 극도의 후진국은 아니라는 것을 말해주는 기능은 있을지 모른다. 그러나 1950-60년대의 판례를 보더라도 한국 국

역할이 그럴 뿐이다. 연구자는 진리를 말할 의무를 질 뿐이다. 애써 이를 줄여 말할 수도, 늘려 말할 수도 없다. 지도원리가 ‘규칙 중심의 접근’에 대한 회의(懷疑)를 조장하여 규칙의 발견 내지 형성을 가로막는 작용을 한다면, 그 지도원리는 그만큼 규칙허무주의적 편향을 드러내고 있는 것이다. 지도원리를 명시한 법률조문도 마찬가지이다. 원만할수록 두드러질 일이 없다.

54) 조정현·황호원, 전개논문, 85면은 제2조와 명문의 국제재판관할규정(2001년 신설, 2022년 개정 전 제28조 제3항-제5항)이 “일반”법과 “특별”법의 관계에 있고, 후자가 “특별규정”으로서 제2조에 “우선 적용된다”고 서술한다. 그러나 지도원리를 규정한 원칙조항과 개별규정을 놓고 일반법과 특별법의 관계에 있다고는 말하지 않으며, 개별규정이 원칙조항에 “우선 적용”된다고 말할 수 없다. 홈결보충요령을 명시한 조문과, 홈결을 매우고 있는 명문의 조문 간의 관계도 마찬가지이다.

제관할법이 그런 착각에 빠진 적이 없음이 분명한데, 새삼스럽게 “실질적 관련” 기준을 벗어나서는 안 된다고 힘주어 말하는 일은 매우 어색한 일이다. 지도원리만 되뇌이는 동안, 실제로는 구체적 사안별의 ad hoc한 판결이 이어졌고, 예견가능성과 확실성의 요청은 극도로 희생되었다.

결국 2012년부터의 준비작업을 거쳐 2014. 6. 30.에 법무부 산하에 국제사법개정위원회가 활동을 개시하여 국제관할규정체계 도입을 위하여 노력했고, 2018. 1.의 입법예고와 2022. 1. 4. 개정으로 결실을 보았다. 법원측에서도 개정위원회 참여(2인), 입법예고 등을 지켜보면서, 결국 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결로 2001-2019년의 해석론을 전격적으로 수정하게 되었다. 자신의 손으로 만들었던, 국제사법 제2조 제2항을 무시하고 제1항을 만능의 독립적 국제관할사유로 보는 “실질적 관련성 관할”론을 자신의 손으로 폐기했다.

나. 대상판결의 검토

대상판결도 대법원 판례의 변화에 발맞추어, 국제사법 제2조 제2조의 도움 없이 제1항 자체가 독립적, 자족적인 국제관할사유가 된다는 사고방식을 철저히 떨리했다. 법률심 스스로 2001-2019년의 대법원 판례의 실질적 관련성 관할론을 땅에 묻었으므로, 이 해석론이 폐기되었음을 사실심이 굳이 역설할 필요는 없었을 것이다.

6. 국제적 이중소송

가. 2022년 개정 전후의 법

국제적 이중소송에 관해서는 2022년에 명문규정(제11조)이 신설되었다. 승인예측설에 따르는 전제하에 선소우선원칙을 따르도록 명문화했다. 다만 재량적으로 중지할 수 있게 하여, 편의법정지 법리의 요소를 덧붙였다.

2022년 개정 전에는 국제적 이중소송의 문제가 해석론에 맡겨졌다. 유력설은 판결승인이 예측되는 외국의 선행소송을 우선시키되 한국의 후소를 반드시 각하할 것이 아니라 원칙적으로 중지하는 것이 타당하다고 해석했다. 그러나 주류적 판례는 승인예측설에 따라 후소를 각하하는 것이었다.⁵⁵⁾

판례가 법률효과를 무조건적 각하로 정한 결정적 이유는 승인예측설이 국내적 이중소송을 다루는 민사소송법 제259조의 관문 역할만 하도록 하고, ‘국제’적 이중소송의 특성을 인정하지 않은 데 있었다. 그러나 ‘국제’적 이중소송의 경우에는 승인예측이 빗나갈 여지가 얼마든지 있다. 만약 후소라는 이유로 각하하면, 이런 경우에 제소기한 준수가 촉박해지거나 어려워질 수 있다. 실체관계의 준거법이 한국법이면 한국 제소기한법의 해석으로 예외를 인정할 여지라도 있지만, 실체준거법이 외국법이면 그 외국법 안에서 답을 찾거나 공서위반을 이유로 그 외국법의 적용을 일부 제한하여야 하는 부담이 추가된다. 또, 한국소송의 원고는 인지대금을 이중으로 부담하게 되고, 소제기의 번거로움도 이중으로 지게 된다. 제11조가 재량적 중지로 정함으로써 이런 문제점들을 해결할 길이 열렸다.

나. 대상판결의 검토

대상판결은 승인예측설에 따랐다.

첫째, 슬로바키아 국제사법 제64조가 정하는 외국판결 승인요건이 한국 민사소송법 제217조의 그것과 실질적으로 유사하고, 후자보다 엄격하지 않음을 이유로 상호보증(제1항 제4호)을 긍정했다.

55) 석광현, 국제재판관할법(박영사, 2022), 153면의 주 251(서울지법 2002. 12. 13. 선고 2000가합90940 판결 인용).

둘째, 슬로바키아에 피고의 상거소가 있고, “의무위반행위의 대부분”이 행해졌음을 들어, 한국 국제관할법상 슬로바키아의 국제관할(제1호)을 긍정했다.

셋째, 피고에 대한 송달이 “적법”하게 이루어졌다고 실시했다. 그러나 송달의 적시성에 대한 판시는 없다. 즉, 제2호에 관한 실시는 완전하지 않다.

넷째, 원피고가 각기 소송대리인을 선임하여 공방을 벌이고 있음을 들어, 슬로바키아에서 내려질 판결이 그 “내용”이나 소송절차“상 공서위반의 문제점을 가지지 않을 것으로 예상했다.

다음의 점은 아쉽게 생각된다.

첫째, 송달의 적법성(민사소송법 제217조 제1항 제2호 전단)의 준거법이 판결국법인지, 승인국법인지, 후자라면 승인국의 송달법의 기본원칙만이 심사기준이 되는지, 아니면 그런 한정이 없는지에 대해 판단했어야 한다. 그러나 기준을 밝히지 않았다.

둘째, 송달의 적시성(동호 후단)에 대한 판시가 없다.

셋째, 실체적 공서위반이 예상되는지 판단하려면, 소송계속중인 외국의 법률저촉법에 따라 법률관계의 준거법이 되거나 국제적 강행법규로서 개입하는 법규 가운데 실체적 공서위반을 가져올 만한 것이 있는지 살펴야 한다. 아직까지는 그런 사정이 보이지 않으면, 외국법원이 내릴 판결에 실체적 공서위반이 예상되는 사정이 보이지 않는다고 판단하면 된다. 그러나 이런 실시가 없이, 원피고가 각기 소송대리인을 선임하여 공방을 벌이고 있다는 사정만 든 뒤, 실체적 공서위반이 예상되지 않는다고 판단했다.

넷째, 절차적 공서위반을 예상케 하는 사정으로 대표적인 것은 외국법관의 독립성이 낮거나, 뇌물을 요구하는 등의 부패가 예상되거나, 외국법원이 이 사건의 재판과정에서 실제로 따랐거나 따를 것으로 예상되는 절차법제 가운데 한국의 국제적 공서위반으로 평가될 만한 있는 경우 등이다. 아직까지 이런 사정이 보이지 않으면 그렇다고 판시하면 된다. 그러나 대상판결은 이런 식으로 판단하지 않고, 오히려 원피고가 각기 소송대리인을 선임하여 공방을 벌이고 있다는 점을 들면서 공서위반이 예상되지 않는다고 판시했다. 이 점은 초점이 다소 빗나간 것으로 생각된다.

7. 국제적 관련소송: 국제이중소송법제의 관련소송에의 확장

가. 브뤼셀 제1규정

브뤼셀 제1규정(2차본, 2012)은 제II장 제9절(제목: 중복소송 - 관련소송⁵⁶⁾)에서 국제적 이중소송(제29조, 제31조, 제33조)과 국제적 관련소송(제30조, 제34조)을 공통된 틀에 넣어 함께 다룬다. 동일 당사자간의 소송이 외국법원에 먼저 계속(繫屬)된 후 내국법원에 계속(繫屬)된 문제라는 점에서 공통된다. 규율원리도 공통된다. 소송계속된 소송(선소)을 우선시키고(선소우선주의⁵⁷⁾), 후소는 중지(진행

56) Lis pendens — related actions.

57) 선소우선주의는 영미법계에는 낯선 것이고, 독일을 비롯한 대륙유럽의 국제이중소송법의 규율원리를 최근에 받아들인 것이다. first-in-time rule이라고도 하고 priority principle이라고도 한다. 후자의 표현을 정확히 하려면 priority-in-time principle이라고 해야겠지만, 영어 표현은 priority principle로 간략하다. 개념의 중요부분을 생략해서라도 짧게 표현하기를 강력히 선호하는 영어의 특징이 여기에서도 드러난다. 이철원, “EU법상 국제소송 경합의처리와 우리 법에 대한 시사점: 브뤼셀 규정과 최근 ECJ 판결들에 대한 검토를 중심으로”, 한국해법학회지 제34권 제2호(2012. 11.), 7면 이하는 “선소우선 원칙”이라는 용어를 쓰는데(8면), priority principle을 적절히 의역한 것으로 보인다. 다만 여기에서 “선소우선(Lis Pendens) 원칙”이라고 표현하고(8면), 이런 의미로 “Lis Pendens” 원칙이라고 쓰는 점은 의문이다. 이 논문도 상세히 소개하듯이, 국제적 소송경합(병행소송)(lis pendens)의 해결기준은 선소우선주의와 편의법정지법주의로 대별되기 때문이다. 한편, 이해민, “국제적 소송경합과 국제재판관할권의 불행사: 부적절한 법정지의 법리(Forum Non Conveniens)의 국제적·비교법적 의의 및 구현 방안”, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.), 143면은 first-in-time rule을 “우선주의”라고 번역한다. 이렇게 하면 영어의 언어적 특성이 한국어에 그대로 옮겨지게 되는데, 이것이 의미전달이라는 용어의 목적에 맞는 지 의문이다. 영어권에서는 개념의 진모를 언어에 오롯이 드러내기를 피하고, 오히려 개념

중단)하고 선행소송의 진행을 기다려 그 판결을 승인집행하는 것으로 해결하기를 선호한다. 그리고 소송계속시점을 국제이중소송법 독자적 기준에 따라 정의하여 소장 제출과 송달의 선후를 각국 절차법상 달리 정하는 데 영향받지 않게 하는 점(제32조)도 공통된다. 브뤼셀 제1규정 1차본(2000)까지는 회원국간의 조율만 다루었는데, 2차본(2012)에서는 회원국과 비회원국 간의 조율도 다룬다. 그리고 후자에 관해서도 선소우선주의와 국제적 이중·관련소송법에 고유한 소송계속의 선후 구별기준을 정하는 점(제32조)을 일관시킨다.

물론 복수의 나라에서의 소송의 병행이 불편하고 바람직하지 못한 정도는, 소송원인(cause of action)이 동일한지(국제적 이중소송), 관련된 것인지(국제적 관련소송)에 따라 다르다. 특히 회원국간의 관계에서는 불필요한 중복을 철저히 피하려 하므로, 국제적 이중소송과 두 맥락이 명확히 대조된다. 전자의 경우에는 국제적 이중소송을 피할 필요가 분명하다. 그래서 회원국 간에서는 후소법원은 반드시 소송을 중지하게 하며, 당사자의 신청이 없더라도 직권으로 중지하게(“shall of its own motion stay”) 한다(제29조 제1항). 다만 전속적 관할합의가 있으면 회원국 법원들 중 선소법원이 아니라 전속적 합의법원에게 우선적 판단권을 준다(제31조 제2항). 이와 달리, 동일한 당사자들 간에서도 국제적 관련소송들이 병행하여 심리, 재판되는 일은 반드시 피해야 하는 것은 아니다. 그래서 회원국 간에도 선소우선주의를 강제하지 않는다. 후소법원은 반드시 중지해야 하는 것이 아니라, “중지할 수 있”(“may stay”) 뿐이다(제30조 제1항).⁵⁸⁾

한편, 회원국 소송과 비회원국 소송 간의 관계에서는, 중복을 다룰 때이든 관련성을 다룰 때이든, 선소우선주의를 절대시하지 않는다. 그래서 소송원인이 동일한 경우(국제적 이중소송)라도, 회원국과 비회원국에 걸치면, 후소법원의 중지나 전속적 합의법원 아닌 법원의 중지는 재량사항이다(제33조 제1항). 그래서 소송원인이 관련된 경우(국제적 관련소송)에 후소법원이나 ‘전속적 합의법원 아닌 법원’의 중지가 재량사항인(제34조 제1항)과 차이가 없다. 다만 비회원국의 선행소송에서 판결이 내려지고 그것이 회원국에서 승인되는 단계에서는 국제적 이중소송과 국제적 관련소송 간의 차이가 나타난다. 국제적 이중소송의 경우에는 승인 여부로 결과가 분명히 가려진다. 비회원국 선행소송에서 내려진 판결을 승인하게 되면 그것으로 끝나므로, 회원국은 중지했던 소송을 각하해야 한다(“shall dismiss”)(제33조 제3항). 불승인하게 되면 회원국의 소송을 계속 진행하면 된다(따로 조문은 없음). 한편, 국제적 관련소송의 경우에는, 비회원국의 선행적 관련소송에서 내려진 판결을 승인하면서도, 회원국의 후행 관련소송을 계속 진행할 여지가 있다. 즉, 후자를 반드시 각하해야 하는 것은 아니고, “각하할 수 있다”(“may dismiss”)고만 정한다(제34조 제3항).

나. 2022년 개정 전후 국제사법의 해석

2022년 개정 국제사법에서는 동일 당사자 간에 소송원인을 같이하는 소송, 즉 이중소송이 국제적으로 분포된 경우만 다룬다.

의 중요한 부분이라도 과감히 생략하거나, 때로는 일부러 감추어, 알아들을 수 없게 말하기를 선호한다. 그래야 더 우아한 표현이 된다고 여긴다. 그래서 예컨대 The United States of America를 줄여 The United States라고 하고, 법률 용어로는 아예 후자로 줄여 쓰기로 표준화되어 있다. The United Kingdom of Britain and the Northern Ireland도 The United Kingdom이라고 축약한다. 이웃한 스페인도 연합왕국이지만, 전혀 개의치 않는다. 그렇다 하여 한국어로 번역할 때 “합중국”이나 “연합왕국”이라고 하지 않는다. 원문에서 The United States라고 했어도 한국어로 번역할 때에는 “미” 합중국이나 “미”국이라고 하여, 생략된 중요문구를 되살린다. 마찬가지로 The United Kingdom도 “영”연합왕국이나 “영”국이라고 번역한다. 유독 priority principle만 아무런 문구 추가 없이 직역할 이유가 없다.

58) 다만, 선소법원이 관련소송들 각각에 대하여 국제관할을 가지고 그 절차법에 따라 소송병합이 가능하면, 당사자의 신청으로 “각하”할 수도 있게(“may ... decline”) 한다(제30조 제2항). 이 부분은 국제적 관련소송에 고유한 부분이다. 그리고 회원국간에만 이런 규정이 있다. 즉, 비회원국 소송과 회원국 소송이 관련소송인 경우를 다루는 제33조에는 제30조 제2항에 대응되는 규정이 없다.

다. 대상판결의 검토

이 사건에서 슬로바키아의 선행소송 가운데, 한국의 후행소송과 동일한 사안에 관한 것은 아닌 것이 있었다. 즉, 피고가 “원고의 이익에 반하여……원고 신용카드 사용 및 현금 인출을 하였다고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소”와, “피고가 피고의 개인용 오토바이를 원고 자금으로 원고 명의로 구입하였는데 원고가 이를 피고에게 재매도하였다고 주장하면서 미지급된 매매대금……의 지급을 구하는 소”가 그것이다. 그런데 이 중 특히 전자는 회사 임원에 의한 법인카드 유용 사안이므로, 충실의무 위반책임을 묻는 한국 후행소송과 적어도 밀접히 관련된 관련소송으로 볼 여지가 농후하여 보인다.

이 사건 판결문에 의하면, 피고는 위 두 사건의 슬로바키아 선행소송을 들어서도 국제적 중복소송의 항변을 했다고 한다. 이에 대하여 대상판결은 “소송물”이 다름을 이유로 국제적 중복소송의 법리를 적용하지 않고 한국 소송을 그대로 진행했다. 당사자가 설사 단순히 ‘중복소송’이라고 말했더라도, ‘국제적 관련소송 병행’을 이유로 한국 소송의 진행에 대하여 다투고 풀이할 여지가 있지 않았나 생각된다. 그리고 이 문제에 대하여 국제적 중복소송의 법리를 적절히 유추적용하여 해결할 수 있었으리라고 생각된다. 모처럼 이 법리가 해석론으로 탐구될 좋은 기회였던 것으로 보여져, 더욱 아쉬움이 남는다.

8. 대표이사의 배임적 재정지출로 인한 회사에의 배상책임의 준거법

가. 법률관계의 성질결정과 준거법

대표이사를 포함한 이사, 감사 등 경영진의 법인에 대한 책임이 법인 자체의 문제인지, 불법행위인지 문제된다. 이는 성질결정의 문제이다. 독일의 통설은 불법행위 문제로 분류한다.⁵⁹⁾ OLG Köln NJW-RR 98, 756도 그렇게 성질결정했다고 한다.⁶⁰⁾ 이것은 타당하다. 이 문제는 법인 제도가 인정됨으로써 비로소 존재하는 문제가 아니라, 법인 제도가 없어도 존재하는 문제이기 때문이다. 법인 제도가 없다면, 법인의 배후에 있는 사람(투자자, 공법인이면 국가, 지방자치단체 등)이 피해자가 되었을 것이다. 법인제도가 인정되어 달라지는 것은 법인이 스스로 피해자가 된다는 점이다. 물론, 법인이 스스로 피해자가 되는지는 법인의 속인법에 의한다. 즉, 법인의 설립과 존속은 법인의 속인법에 의한다. 그러나 법인이 적법하게 설립되어 존속하여 스스로 피해자가 되든, 법인의 설립이나 존속이 부정되어 투자자 등이 피해자가 되든, 이사 등이 저지른 불법행위 자체의 본질은 바뀌지 않는다. 그래서 법인에 대한 불법행위는 어디까지나 불법행위의 본질을 가지며, 그 준거법 결정은 불법행위 준거법 지정규칙에 따른다.

한편, 법인의 불법행위능력이나 법인의 불법행위 또는 채무불이행에 대하여 이사가 함께 책임을 지는지의 문제가 있다. 이것들은 자연인이 별인 일에 대하여 법인이 내세워짐으로써 어떻게 달라지는지의 문제이므로, 법인의 속인법에 따라야 한다. 그리고 불법행위나 채무불이행의 나머지 문제는 각기 불법행위와 채무불이행의 준거법에 따라야 한다.

물론, 법인의 기관의 권리의무도 법인의 속인법에 의할 사항이다. 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017다 246739 판결도 “기관……의 권리와 의무”를 법인의 속인법에 의할 사항의 하나로 들었다. 대상판결도 이 선례를 인용한다. 그러나 통설이 말하는 ‘기관의 권리의무’는 법인의 기관이 됨으로써 법인에

59) Kegel/Schurig, § 18 II, S. 743.

60) Kegel/Schurig, § 18 II, S. 743.

대하여 비로소 가지게 되는 권리의무를 말한다. 즉, 대표이사의 배임행위의 기초가 되는 충실의무는 법인의 속인법에 의할 사항이다. 그러나 배임행위 자체는 불법행위이지, 법인의 속인법의 문제가 아니다. 불법행위를 모의, 지시, 방조 또는 직접 실행한 자가 법인의 기관의 지위를 가진다 하여 법인의 속인법으로만 도망칠 수 있다고 해서는 곤란하다.

나. 대상판결의 검토

대상판결은 대표이사가 배임적 회사재정지출로 인하여 회사에 대하여 지는 민사책임을 회사의 속인법에 의할 사항으로 보고, 슬로바키아법을 적용했다. 기관의 권리의무도 법인의 속인법에 의한다는 통설과 판례에 따라 이렇게 판단한 듯하다. 그러나 상술한 대로 대표이사의 직무와 그에 수반한 충실의무는 법인의 속인법에 의하지만, 이를 위반한 불법행위는 불법행위 준거법에 의하여 따로 연결하여야 한다.

<참고문헌>

1. 국내 단행본, 학위논문, 연구보고서

법무부, 국제사법 해설, 2001.

석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013.

석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사, 2012.

석광현, 국제재판관할법, 박영사, 2022.

안춘수, 국제사법, 법문사, 2017.

이호정, 국제사법, 경문사, 1981.

최공용, 국제소송, 개정판, 육법사, 1994.

최홍섭, 한국 국제사법 I: 법적용법을 중심으로, 한국학술정보, 2020.

2. 국내 논문

권창영, “국제근로계약에 관한 국제재판관할”, 노동법실무연구 제1권(2011).

권창영·김선아, “국제항공운송 승무원의 일상적 노무제공지”, 항공우주법학회지 제34권 제1호(2019. 6.), 39-77면.

김동욱, “국제적 근로관계에 관한 준거법 결정에 대한 시론”, 노동법포럼 제21호(2017. 7.), 103-129면.

김문환, “해외 한국인근로자의 국제사법상 문제”, 국제사법연구 창간호(1995).

김인호, “종속적 연결에 의한 불법행위의 준거법”, 인권과정의 제392호(2009. 4.), 90-104면.

김인호, “로마I규정에 기초한 객관적 연결에 의한 국제계약의 준거법 결정에 관한 입법적 검토”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 543-587면.

김인호, “국제근로계약의 준거법에 대한 비판적 검토”, 인권과정의 2014. 5., 25-39면.

김인호, “소비자계약 및 근로계약 사건의 국제재판관할의 일반적 규정 방식에 대한 비판적 검토”, 국제사법연구 제24권 제1호(2018. 6.), 275-298면.

김인호, “국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 595-644면.

김지형, “국제적 근로계약관계의 준거법”, 저스티스 제68호(2002. 8.), 222-275면.

김진권, “선원근로계약의 준거법에 관한 고찰”, 해사법연구 제16권 제1호

김효정, “국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 283-349면.

석광현, “국제계약의 준거법에 관한 몇 가지 논점: 섭외사법의 해석론을 중심으로”, 한양대 법학논총 제16집(1999), 113-129면.

석광현, “국제계약법”, 국제사법연구 제4호(1999).

석광현, “개정루가노협약에 따른 계약사건의 국제재판관할”, 서울대 법학 제49권 제4호(2008), 413-454면.

석광현, “한국인 간에 일본에서 체결된 근로계약의 준거법”, 민사판례연구 XXXI(2009. 2.), 567-622면.

석광현, “국제근로계약의 준거법에 관한 한국과 중국국제사법의 이동”, 전북대 법학연구 제31집(2010. 12.), 301-326면.

석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, 국제거래와 법(동아대) 제21호(2018. 4.), 41-126면.

석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 국제거래와 법(동아대 법학연구소), 제23호(2018. 12.), 41-145면.

윤남순, “국제사법상 근로계약의 준거법”, 경영법률 제26권 제2호(2016. 1.), 633-672면.
 이병화, “국제근로계약에 관한 국제사법적 고찰”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 341-391면.
 이현목, “근로계약의 준거법에 관한 연구: 유럽연합에서의 논의를 중심으로”, 비교사법 제25권 3호(2018. 8.), 969-1008면.
 장준혁, “계약관할로서의 의무이행지관할의 개정방안”, 국제사법연구 제23집 제2호(2014. 12.).
 조정현·황호원, “국제항공기사고에서 국제근로계약과 불법행위의 국제재판관할권 판단기준”, 항공우주정책법학회지 제31권 제2호(2016. 12.), 73-98면.
 최공용, “국제사법의 적용대상과 섭외성의 판단”, 법조 제48호(1999. 8.).
 한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향: 국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여”, 민사판례연구 XXXV(2013).
 한애라, “국제사법 제2조 및 자연인, 법인의 국제재판 일반관할 조항의 개정방향: 일반원칙 및 자연인, 법인의 일반관할”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 359-416면.
 한애라, “국제사법 전부개정안 검토: 물권, 계약에 관한 소의 국제재판관할을 중심으로”, 민사소송 제22권 2호(2018. 11.), 91-133면.
 한재필, “브뤼셀 규정(Brussels Regulation) 제5조 제1항에 관한 연구”, 국제사법연구 제11호(2005).
 한충수, “국제사법의 탄생과 국제재판관할”, 법조 제536호(2001. 5.).
 한충수, “민사소송법상의 국내토지관할 규정에 대한 재검토와 입법론”, 민사소송 제8권 1호(2004. 2.).
 한충수, “국제민사소송의 국제적인 흐름과 우리의 입법 과제: 일본의 국제재판관할 관련 민사소송법 개정법률안을 중심으로”, 민사소송 제14권 2호(2010. 11.).
 한충수, “소비자·근로자 보호관할 제도의 현황과 개선 방안”, 민사소송 제17권 제1호(2013. 5.), 209~239면.

3. 해외 단행본, 학위논문, 연구보고서

GRUŠIĆ, Uglješa, *European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 2015.
 LABORDE, Jean-Pierre et SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Sandrine, *Droit international privé*, 19e éd., Dalloz, 2017.
 MCCLEAN, David & RUIZ ABOU-NIGM, Veronica, Morris: *Conflict of Laws*, 10th ed., Sweet & Maxwell, 2021.
 SCHACK, Haimo, *Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized: Interstaatliche und Internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte*, C.F. Müller, 1983.
 VAN CALSTER, Geert, *European Private International Law*, 3d ed., Hart, 2021.
 GRUŠIĆ, Uglješa, *European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 2015.